<36607048860019

5060 Bibl.Mont 5060-6

Sammlung
merkwürdiger am kaiserlichen Reichs-Kammergerichte entschiedener
Rechtsfälle
mit
ausführlicher Erörterung wichtiger Rechtsfragen.

Sechster Theil.

Lemgo
in der Meyerschen Buchhandlung 1794.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Erster Rechtsfall

unter andern über folgende Materien:

1) Ueber die Vermuthung für die Lehnbarkeit oder für das Eigenthum (§. 1-10 und §. 85 2c.)

2) Ueber die Vermuthung, daß ein Lehn ehender Mannlehn, als Weiberlehn sey (§. 11-13 und §. 98 2c.)

3) Ob bey Lehen, welche von einem geistlichen Lehnhof herrühren, die Vermuthung auf Weiberlehen eintrete? (§. 14-16 und §. 100 2c.)

4) Ueber die Gerichtbarkeit bey Lehen extra curtem (§. 55 und 56.)

5) Ob das possessorium in causis feudalibus an den Lehns- oder ordentlichen Richter gehöre? (§. 57.)

6) Ueber die neuen Gebäude auf einem lehnbaren fundo (§. 87 und 88.)

7) Von der simultanea investitura (§. 96.)

8) Ueber die Mannlehneigenschaft der Paderbornischen und Lippischen Lehen (§. 101.)

9) In wiefern das eigene Bekenntniß der Vorfahrer oder des letzten Besitzers eines Guts die Lehnbarkeit beweise, oder nicht? (§. 102 und 103.)

10) In wiefern illata der Frau des letzten Vasallen, oder die Forderung eines vidualitii, oder die Aussteuer der Tochter des letzten Vasallen, oder der Ersatz der Meliorationen, ein jus retentionis auf das Lehngut begründen? (§. 107 - 115.)

11) Ob derjenige, der in possessorio obgesiegt hat, nachher aber in petitorio unterliegt, zur Restitution der genossenen Früchte angehalten werden könne? (§. 117.)

Inhalt.

§. 1. Im Zweifel streitet die Vermuthung für das Eigenthum oder Allodium. Dies ist eine praesumtio juris. Die Vermuthung für die Lehnbarkeit, welche durch besondere Umstände jene

jene überwiegen kann, ist eine praesumtio hominis vel facti.

§. 2 , 5. Bestättigung des Satzes, daß im Zweifel die allgemeine Vermuthung für das Eigenthum streite, obschon die Lehnsgesetze die besondere Vermuthung für die Lehnbarkeit zu begünstigen scheinen.

§. 6 , 9. Ausnahmen von der Regel sind: wenn es z. B. von dem größern Theil der Güter des Vasallen ausgemacht ist, daß sie Lehen sind, so geht die Vermuthung der Lehnbarkeit auch auf andere dort gelegene Stücke. Dies tritt aber nur dann ein, wenn eine universitas bonorum verliehen ist, und im Lehnbriefe die einzelnen Stücke nicht erwähnt sind.

§. 10. Ueber die Vermuthungen für die Lehnbarkeit, welche sich aus der Nachbarschaft, oder Vermischung mit den unstreitigen Lehnstücken, oder daher, daß alle adliche Güter in Deutschland im Zweifel für Lehen zu achten seyen, oder aus dem Umstand, daß die Töchter in ein gewisses Gut nie succedirt hätten, ergeben sollen.

§. 11. Wenn die Lehnbarkeit eines Guts dargethan ist, so tritt ferner die Vermuthung ein, daß es ehender Mannlehn, als Weiberlehn sey.

§. 12. Um diese allgemeine Vermuthung zu entkräften, und die Succession einer Tochter vor einem männlichen Agnaten zu begründen, muß dargethan werden, daß das Lehn 1) als Weiberlehn, und zwar 2) als feudum promiscuum verliehen, oder 3) von einer femina acquirirt worden sey, oder 4) nach einem statuto

statuto oder nach der Observanz des Lehnhofs die Weiber promiscue zur Succession in die Lehen berufen würden.

§. 13. Die Ausdrücke: Mannlehn, zu rechtem Mannlehn, rechter Mannschaft und Lehnschaft, entscheiden nicht gegen die Weiberlehen, wenn von dieser Qualität aliunde constirt. Eben so wenig ist aber auch aus dem Wort Erben ein Schluß auf ein Weiberlehn zu machen.

§. 14. Ob bey Lehen, welche von einem geistlichen Lehnhof herrühren, die Vermuthung auf Weiberlehen eintrete? wird von vielen bejaht.

§. 15 und 16. Die verneinende Meynung ist aber richtiger.

§. 17 Erzählung eines am kaiserlichen Kammergerichte 1789 entschiedenen Rechtsfalls, wobey diese bisher prämittirten Grundsätze ihre Anwendung fanden. Gegenstand dieses Rechtsstreits.

§. 18-26. Factum.

§. 27-37. Proceßgeschichte der ersten Instanz.

§. 38-45. ——— —— der zweyten Instanz.

§. 46-54. ——— —— der kammergerichtlichen Appellationsinstanz.

§. 55. Beurtheilung.
Prüfung quoad jurisdictionem. Die Sache, welche ein feudum extra curtem betrift, war in den ersten Instanzen coram judice ordinario seu territorii verhandelt. Wäre sie nun eine wirkliche Lehnsache, so würde sie nicht

nicht vor diesen, sondern an den Lehnhof gehört haben. Auch findet prorogatio jurisdictionis zum Präjudiz des Lehnherrn statt.

§. 56. Diese Grundsätze finden aber nur dann Anwendung, wenn eine wirkliche Lehnsache vorwaltet. Wenn hingegen der Streit zwischen einem Vasallen und einem dritten über eine Sache versirt, von der, daß sie nicht Lehn sey, behauptet wird, so erkennen die meisten Rechtslehrer nicht den judicem feudalem, sondern den ordinarium seu territorii für den competenten Richter. Es fehlt jedoch auch nicht an Widersagern. Am besten ist die Meynung, welche einen Mittelweg einschlagt, daß nemlich eine solche Sache sowohl von dem Lehnhof, als von dem Civilgerichte entschieden werden könne, je nachdem der Vasall Kläger oder Beklagter ist.

§. 57. Ob das possessorium in causis feudalibus an den Lehns- oder ordentlichen Richter gehöre?

§. 58. Schluß, daß in Rücksicht der Qualität der Sache der Berufung an das K. G. nichts entgegenstehe.

§. 59-65. Prüfung quoad formalia, unter andern der beyder Seits gemachten Desertions-Vorwürfe.

Sodann Erörterung der Frage: ob den Erben der Appellantinn das letzterer ertheilte Armenrecht zu continuiren sey? welche verneint wird.

Ferner die Klage wegen begangener Attentate betreffend, bleibt solche, da bisher diesfalls noch nichts erkannt worden ist, die Atten-

taten auch keine weitere Wirkung gehabt haben, bey der definitiv Entscheidung auf sich beruhen.

§. 66 • 71 Prüfung der Materialien.
Erörterung, ob die Sache in possessorio oder petitorio versire?

§. 72 und 73. Quaenam actio instituta? Was erfordert werde, um hereditatis petitione ein Lehn zu erlangen? ferner actione publiciana, oder condictione ex moribus? Concluditur, daß rei vel feudi vindicatio utilis angestellt sey.

§. 74. An actio probata sit? Was erfordert werde, um das dominium utile zu erweisen?

§. 75 • 82. Zusammenstellung sämmtlicher von Klägern zum Beweise der Lehnbarkeit angeführter Gründe mit den Gegengründen des beklagten Theils.

§. 83. Vorerst Bestimmung des Werth archivalischer Urkunden; und

§. 84. Beseitigung der Einwendung, daß der ganze in voriger Instanz als in revisorio geführte Beweis unzulässig gewesen sey. Sodann

§. 85 und 86. Prüfung des geführten Beweises. Anwendung der oben §. 1 • 10 schon vorgekommenen allgemeinen Grundsätze in Betreff der Vermuthung für die Lehnbarkeit oder für das Eigenthum.

§. 87 und 88. Ueber die neuen Gebäude auf einem lehnbaren fundo.

§. 89.

§. 89. Die Vermuthung für die Lehnbarkeit wird hier aus der Nachbarschaft, Vermischung der Güter, und in Gemeinschaft gebliebenen lehnbaren Rechten bestärkt.

§. 90. Nach allem dem tritt hier der Fall II. F. 41 ein: nisi apertis probationibus femina ostenderit, non esse feudum, creditur masculo.

§. 91-95. Zudem haben die Kläger den Beweis, daß der in Frag stehende Hof Lehn sey, noch vollständig geführt.

§. 96. Von der simultanea investitura.

§. 97. Einwendung der Beklagtinn, daß wenigstens das befragte Gut kein Mannlehn, sondern Weiberlehn sey; und Zusammenstellung aller in actis vorgekommenen Gründen und Gegengründen.

§. 98. Prüfung, und Anwendung der oben §. 11-13 aufgestellten allgemeinen Grundsätze in Betreff der für die Mannlehnbarkeit streitenden Vermuthung.

Die Ausdrücke: für sich, seine Söhne, Brüder und Vettern, schließen die Weiber aus. Auch ist der Ausdruck männliche Lehnsinteressenten entscheidend, wenn nicht aliunde de qualitate impropria constirt.

§. 99. Daß das Gut von einer femina acquirirt worden, oder jemals eine femina mit succedirt seyl, ist nicht dargethan. Vielmehr constirt, daß nie eine successio feminea in der befragten Familie statt gehabt hat.

§. 100. Da ferner auch bey geistlichen Lehen eine allgemeine Vermuthung auf Weiberlehen nicht

zu statuiren ist (§. 14 - 16): so hätte Beklagtinn von dem Paderbornischen Lehnhof in specie dar thun müssen, daß dessen Lehen größten Theils Weiberlehen seyen.

§. 101. Im Gegentheil aber kann vielmehr die Mannlehnseigenschaft der Paderbornischen Lehen sowohl, als der Lippischen, für richtig angenommen werden.

§. 102 und 103. Vielfältige in actis vorkommende Bekenntnisse der Lehnbarkeit. In wiefern aus solchen ein Beweis geführt werden könne, oder nicht?

§. 104 - 106. Beseitigung der Einrede deficientis legitimationis ad causam.

§. 107 - 109. Die Beklagtinn beruft sich ferner auf ein jus retentionis, 1) wegen ihrer Illaten, 2) eines vidualitii, 3) wegen der Aussteuer ihrer Tochter, 4) wegen der ins Gut verwendeten Meliorationen, und 5) des vom Lehn zu separirenden Allodiums.

In wie fern illata ein jus retentionis begründen?

§. 110. Ob die Verwendung der illatorum ins Lehn alsdann vermuthet werde, wenn die Inserirung erwiesen ist? Darüber sind die Rechtslehrer nicht einig.

§. 111. Darin kommen sie aber alle überein, daß die illatio selbst vor allen Dingen vollständig erwiesen seyn müsse. An diesem Beweise mangelt es in vorliegendem Fall. Das alleinige Bekenntniß des Mannes selbst ist nicht hinreichend.

Hätte

Hätte es auch seine Richtigkeit, daß mit den illatis Schulden bezahlt worden seyen, so müßte erwiesen werden, daß dieses solche Schulden gewesen seyen, die die Lehnsfolger hätten bezahlen müssen.

§. 112 Da sohin diese Forderung noch sehr illiquid ist, so fällt, bey der von Klägern anerbotenen Caution, das Retentionsrecht weg.

§. 113. Von dem Unterschied zwischen dotalitium und vidualitium. Dotalitium und restitutio dotis zugleich kann nicht verlangt werden, nur eines von beyden. Ob eine Frau noch ein vidualitium fordern könne, wenn sie ihren dotem zurückverlangt? ist quaestio altioris indaginis. Daher desfalls kein jus retentionis eintreten kann.

§. 114. Die Tochter des letzten Vasallen kann nur dann von dem Lehnsfolger einen dotem fordern, wenn das allodium dazu nicht hinreicht. Und die hier von dem Vater gemachte Verordnung in Ansehung der Aussteuer seiner Tochter bindet die Agnaten nicht, da sie darin nicht consentirt haben.

§. 115. Wegen des Ersatzes der Meliorationen steht dem Erben gegen den Lehnsfolger in der Regel das jus retentionis zu. Allein sie dürfen nicht illiquidae und obscurae seyn, sonst muß eine Caution zugelassen werden.

§. 116. Fernere Beschwerde der Beklagtinn, daß sie durch das vorige Urtheil auch zur Restitution der Früchte condemnirt worden sey.

§. 117.

§. 117. Ob derjenige, der in possessorio obgesiegt hat, nachher aber in petitorio unterliegt, zur Restitution der genossenen Früchte angehalten werden könne? Hierüber ist dissensus unter den Rechtslehrern. Wenn zwischen dem entschiednen possessorio und angestelltem petitorio ein ziemlicher Zwischenraum verstreicht, so kann man ehender die negativam annehmen. In vorliegendem Falle aber ist die Sache nach und nach in den nemlichen Verhandlungen ins petitorium übergegangen. Die Beklagtinn kann daher um so weniger vom Ersatz der Früchte frey bleiben, als sie offenbar in m. f. war.

§. 118. Die Expensae sind nur aus dem Grund zu compensiren, weil die Appellaten Attentate begangen haben.

§. 119. Terminus von vier Wochen zur Liquidation der erwähnten Gegenforderungen des beklagten Theils, und Verweisung dessen, was in der Zeit nicht liquidirt werden kann, ad separatum. Und da in gegenwärtigem Fall die Vermuthung für die Lehnbarkeit streitet, so liegt der Beweis der Allodialität einzelner Stücke dem beklagten Theil ob.

§. 120. Schluß und Urtheil vom 23. Sept. 1789.

§. 1.

Generelle Grundsätze.

Ob und wann die Vermuthung für die Lehnbarkeit oder für das Eigenthum streite? ist bekanntlich eine sehr bestrittene und reichhaltige Frage. Da die Lehnbarkeit eine Einschränkung der Freyheit und des Eigenthums ist, so folgt daraus schon nach bekannten Rechtsgrundsätzen, daß im Zweifel die Vermuthung für das Eigenthum oder Allodium streite.

Diese Vermuthung kann jedoch nicht zu den prasumtionibus juris & de jure, welche man ohnehin, wie Canz de probabilitate jurid. c. 1. §. 52 philosophisch erweiset, ganz unrichtig zu den Präsumtionen rechnet, gehören, weil daran, daß ein Gegenbeweis statt finde, niemand zweifelt, sondern nur davon, wenn dieser obliege, und ob sich diese Obliegenheit nicht nach Umständen ändern könne, die Frage ist.

Da aber im allgemeinen jene Vermuthung von den Gesetzen anerkannt ist, so ist dies eine praesumtio juris. Wenn hingegen solche besondere Umstände eintreten, daß die entgegengesetzte Vermuthung, die der Lehnbarkeit nemlich, auch ohne speciellern Beweis jene fürs Eigenthum überwiegt, und dem,

dem, der letzteres behauptet, den Beweis auflegt: so ist dieses eine Praesumtio hominis vel facti.

§. 2.

Nach diesen Regeln wird zwar, wenn über die Lehnbarkeit eines Gegenstandes gestritten wird, derjenige, der sie behauptet, wenigstens soviel beweisen müssen, daß daraus eine überwiegende Vermuthung so lange entsteht, bis der andere Theil die Allodialität in specie erwiesen hat. Das Lehnrecht soll dieses bestättigen; II. F. 26. §. 1. heißt es: „Inter filiam defuncti & agnatos ejus de quodam praedio mota est quaestio, agnatis feudum, filiam vero allodium esse asserentibus, super possessione, apud quem manere debeat, quaerebatur; responsum est: apud filiam possessionem interim esse collocandam; deficientibus vero hinc inde probationibus, per jusjurandum causa cognita res decidetur, electione danda agnatis. Defuncto milite, inter dominum & filiam ejus super quodam fundo quaerebatur, domino feudum, filia allodium esse allegante; respondi: filiam in possessione feudi manere debere, donec de eo judicetur probatione vero hinc inde cessante, electio jurisjurandi filiae danda

danda est." Aus diesem Texte nun leiten die Lehnrechtslehrer die Bestättigung des Satzes her, daß im Zweifel die Vermuthung fürs Eigenthum streite.

§. 3.

Dies ist zwar ganz richtig, indem die Tochter wegen dieser Vermuthung sowohl gegen den angeblichen Lehnfolger, als gegen den Lehnherrn, im Besitz geschützt werden soll; manere debet in possessione, sagt der Text. Wenn aber doch nach eben dem Text in dem Fall, daß in petitorio kein Theil etwas bewiesen hätte, bey dem Streit zwischen den Agnaten und der Tochter ersteren — und bey dem Streit zwischen dem Lehnherrn und der Tochter letzterer frey stehen soll, ihre Intention durch einen Eid zu erhärten: so würde doch, wenn hiermit der Erfüllungseid gemeynet wäre, im ersten Fall dem Agnaten ein Vorzug dadurch eingeräumt, daß bey gleichstehendem Beweise er zum Eide gelassen werden solle, mithin die Lehnbarkeit dadurch begünstigt. Ist es aber, wie Buri in den Erläuterungen des Lehnrechts p. 1363 rc. ausgeführt, kein solcher nach der heutigen Gerichtsverfassung üblicher, sondern der Eid, durch den nach den Sitten des Mittelalters der Richter nach Willkühr Sachen, in denen kein Theil bewiesen hatte,

ent-

entschied: so liegt doch auch darin, daß der Text dem Agnaten die Wahl zu überlassen verordnet, ein Vorzug fürs Lehen, indem es sonsten nach der Regel: actore non probante absolvendus est reus, gehen müßte.

Dieses bestättigt auch der Text II. F. 41, wo es heißt: „Item sciendum est, quodsi inter masculum & feminam controversia fuerit, masculo dicente: hoc est feudum; femina negante, nisi apertis probationibus femina ostenderit non esse feudum, creditur mascula cum suo juramento affirmanti cum duodecim sacramentalibus.“ Dieser Text verlangt sogar von der Tochter den vollen Beweis der Allodialität, und überläßt, wenn sie solchen nicht führt, dem Agnaten, seine Intention zu beschwören; womit auch II. F. 51. §. 5 übereinkommt, wo es heißt: „Si contentio fuerit inter filiam & propinquum de heriditate & de feudo, cum filia feudum habere non poterat, quia dicit ipsa: hoc est de mea hereditate; & ille dicit: imo de feudo; electio propingui erit, discernere veritatem jurejurando.“

§. 4.

Aus allem dem scheint wenig favor fürs Allodium zu fließen, vielmehr glaubt man

man das Gegentheil darin zu finden, indem die Verordnung, daß die Tochter im Besitz bleiben soll, auf den Vorzug des Besitzes, der vom Vater ipso jure auf sie übergeht, beruhen dürfte.

Verbindet man nun noch damit II. F. 33: „Sacramentum non semper est dandum possidenti, sed quandoque possidenti, quandoque petenti, quandoque neutri datur, & cum alicui horum datur, ita demum datur, si aliquid pro eo sit, quod judicem moveat. Ubi nihil est, quod faciat pro aliquo eorum praeter possessionem solam, tunc secundum quod judici melius visum fuerit, aut possidenti dabitur sacramentum, aut, actore nihil probante, qui convenitur, etiamsi nihil praestiterit reus, tamen absolvitur vel obtinet:" so scheinet es, als wenn die Feudal-Gesetze an gar keinen Vorzug für ein oder das andere dächten.

Coccejus de praesumt. qualit. feud. tit. 2. §. 8. in Exercit. curios. tom. 2, diss. 48 findet zwar in dem Text II. F. 26 einen Vorzug fürs Allodium, doch aber auch, daß solchem der andere II. F. 41 widerspreche, und löset den Knoten, indem er ihn in den Worten durchschneidet: „Cum tamen haec difficultas hodiernis moribus

bus abrogata sit, & regulae generali quod asserente feudum in probatione deficiente secundum allodium pronunciandum sit, insistatur, hisce latius explicandis nunc supersedemus;" welches er in tr. de prob. feud. c. 5. in exercit. curios. tom. 2. diss. 94 wiederholt äußert. Gleichfalls erklärt Buri all. l. die sich widersprechenden Texte durch den II. F. 33, welcher alles auf die gemeinen Rechtsgrundsätze zurückführe.

§. 5.

Demungeachtet bleibt immer die stärkere Vermuthung fürs Allodium. Der Hauptgrund ist der, weil alle Güter bey der ersten Occupation freyes Eigenthum gewesen sind, und nur erst durch die von einigen Völkern in Ansehung des Eigenthums getroffene Einrichtung zum Theil in Lehen verwandelt worden sind. Nach l. 114 ff. de reg. jur. „in obscuris inspiciendum, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet" streitet also die Vermuthung für die Freyheit. Und die Lehnbarkeit beruht auf factis, welche erwiesen werden müssen.

§. 6.

Eine Ausnahme von dieser Regel ist: wenn

wenn es von dem größern Theil der Güter des Vasallen ausgemacht ist, daß sie Lehen sind, so geht die Vermuthung der Lehnbarkeit auch auf andere dort gelegene Stücke. Dies sagt schon der Text II. F. 41: „Si major eorum pars, quae vasallus ibi tenebat, feudum sit, datur Domino sacramentum alibi feminae." Und die Glosse setzt hinzu: „Major pars bonorum existentium in aliquo loco facit praesumtionem, cetera ejusdem esse conditionis; praesumtiones colligimus ex majore parte bonorum ad alia bona in eodem loco sita." Das nemliche behauptet Mynsinger cent. 5. obs. 26. n. 9: „sed etsi dubitetur de latitudine praediorum feudalium, praesumtio est, tota esse feudalia & ejusdem qualitatis, si nullae appareant notae diversitatis." *Gail* lib. 2. obs. 69. n. 6 sq. bestättigt dieses ebenfalls und fügt die Gründe bey: „quia una res non debet diverso jure censeri, item quod eadem sit ratio partis, quae est totius, & quod major pars attrahat minorem." Alles dies sind eigene Worte bekannter Römischer Gesetze. *Coccejus* de praesumt. qualit. allod. tit. 2. §. 10.

§. 7.

Freylich aber paßt diese Vermuthung nur alsdann, wenn die Lehnstücke im Lehnbrief oder in besondern demselben beygefügten Designationen nicht einzeln bestimmt sind. Wenn z. B. der Lehnbrief nur von 6 Hufen Landes redet, so beweist dieses nicht, daß die 7te auch Lehn seyn müsse, wenn gleich jenes der größere Theil ist. Die Vermuthung entsteht vielmehr erst dann, wenn eine Universitas bonorum verliehen ist (Struben Nebenstunden Th. 3. Abh. 17. §. 9). Einen Fall, wo einer zwar mit einzelnen Stücken, aber nicht mit dem Castro, dessen attributa und partes integrantes sie hätten seyn können, belehnt war, führt Ludolf in Symphor. T. 2. consult. 7. p. 329 seq. an, und sagt bey der Gelegenheit: „Fundamentum praesumtionum omnium in materia feudali non est aliud, quam ab universitate cujusdam feudalis corporis, quod censetur habere varias partes eodem jure censendas.“ Wenn daher jemand mit einem Gute ohne Ausdrückung der Zubehörungen desselben beliehen ist, so wird alles, was er an dem Orte dazu gebraucht, für Lehn gehalten. Struben a. a. O., wo er anführt, wenn es z. B. in Lehnbriefen heiße, das Schloß

mit

mit den Kothen, die daran stehen, mit dem Hals- Ober- und Untergerichte, mit allen seinen andern Zubehörungen und Gerechtigkeiten, nichts ausgenommen, im Holz, im Felde, im Wasser, Wiesen und Weiden: so erhelle deutlich, daß das Lehn nicht in einem bloßen Sitz, sondern in allen Zubehörungen bestehe. Wären nur gewisse Grundstücke verliehen, so hätte man ausgedrückt, wie viele Hufen sie ausmachten. Man muß alsdann unterstellen, daß die specielle Benennung deswegen unterblieben sey, weil der Lehnmann ein ganzes Guth ohne Ausnahme erhalten, und an dem Orte sonst nichts besessen, was er von der Belehnung hätte ausnehmen können. Die hieraus entstehende besondere Vermuthung überwiegt die allgemeine, welche sonst für die Allodialität streitet. Und der Lehnmann hat es sich selbst beyzumessen, wenn er einen Lehnbrief angenommen hätte, welcher die Lehnstücke nicht deutlicher ausdrückt.

§. 8.

Von dergleichen allgemeinen Ausdrücken heißt es in Kuchenbeckers Analect. Hassiacis collect. 2. p. 257. nota c: „Saeculo inprimis XIII & sequentibus mos invaluit, ut in literis feudalibus sub vocibus generalioribus, die Vogtey,

das Gericht, die Burg, das Dorf mit Zubehörungen, tanquam sub quibus omnia haec pertinentia jura, census & bona, quibus loci vel Vogtejae Dominus gaudebat, specialiora omnia intelligerentur, & hinc in his casibus praesumtio pro allodio cautius videtur applicanda, & pro bonorum potius feudalitate quam allodialitate praesumendum." Auch respondirt die Gießer Juristenfacultät in Zepernicks Sammlung auserlesener Abhandlungen aus dem Lehnrechte Th. 2. Abh. 24. S. 309: „eine solche allgemeine Belehnung hat den Effect, daß alles, was der Vasall bey dem benannten Gute in dem ganzen District desselben besitzt, für Lehngut gehalten werden muß." Selbst Rosenthal, den Ludolf a. a. O. nimis fluctuantem nennt, und der sonst beynahe ganz keine Vermuthung gegen das Eigenthum zuläßt, sagt c. 12. concl. 15. n. 71 seq. von dem Fall, wenn es im Lehnbriefe heiße: „concedo castrum cum jurisdictione, juribus suis, nemoribus, vineis, praediis, tibi in feudum, quo casu fateor, siqua Vasallus in territorio postea reperitur possidere, quod praesumatur, vigore investiturae possidere. Siquidem ipse illa omnia, quae intra fines castri vel territorii sunt, recognoscens & recipiens

piens praesumtionem contra se facit, quod omnia sint domini & ad feudum pertinentia."

§. 9.

Daß nun dieses die Grundsätze seyen, wornach auch bey dem kaiserlichen Kammergerichte gesprochen worden ist, bezeugt Ludolf obs. 199: „In imperiali Camera si de separatione incidit quaestio, regula obtinuit talis, ut, quae vel generice vel specifice in literis investiturae essent comprehensa, haberentur pro feudis, donec probaretur contrarium. Quid vero sit generica comprehensio? ita explicandum est, si generalia investiturarum verba ita sonent, ut per fortissimam consequentiam res pro feudali haberi debeat. Si itaque in investiturae literis opera fuit data in denominandis partibus feudalibus, clausula generalis *cum pertinentiis* non valebit pro complexu generico bonorum non nominatorum." Ungefähr das nemliche sagt er in symphorem. T. 1. cons. 5. p. 127, und setzt in Rücksicht auf die Lehnherren hinzu: „quoniam dura foret dominorum conditio, si post remotissima tempora cogendi essent, statum primaevum feudi edere, cum faci-

lius sit, Vasallum adquisitiones suas probare.“

Hierauf beruft sich Cramer in den Nebenstunden Th. II. Abh. 5, und erklärt es für die Regel, nach welcher bey dem Kammergerichte die Lehnbarkeit beurtheilt werde. In den Nbst. Th. 8. Abh. 1. p. 12 führt er das nemliche aus, und sagt: „Quod si vox pertinentiae post rem principalem feudalem sola adjicitur, inde efficitur, ut omnia, quae huic rei principali in feudum concessae adhereant, sint res feudales; quodsi vox Zubehörung post enumerationem rerum in feudum datarum reperitur, illa omnia faciat feudalia.“

§. 10.

Weniger allgemeinen Beyfall haben die Vermuthungen für die Lehnbarkeit, welche von der Nachbarschaft, oder Vermischung mit den unstreitigen Lehnstücken, oder von der allgemeinen Vermuthung, daß alle adliche Güter in Deutschland im Zweifel, und bis ein anderes erwiesen werde, für Lehen zu achten seyen, hergenommen werden.

Die erste auf die Lage und Nachbarschaft gegründete widerlegen alle eben angeführten Schriftsteller, und unter andern noch

noch Struv in synt. jur. feud. c. 16. §. 11. n. 4. Es ist auch ganz natürlich; sind die einzelnen Pertinenzien bestimmt, so werden die nicht genannten, wenn sie gleich unter den andern liegen, nicht für Lehen gehalten; sind sie aber nicht bestimmt, sondern nur generisch angeführt, so tritt das ein, was in den vorhergehenden §§. gesagt worden ist.

Die andere von der bey adlichen Gütern gewöhnlichen Lehnseigenschaft hergenommene Vermuthung behauptet *Thomasius* de praesumt. allodialit. §. 43, weil die meisten adlichen Güter Lehen seyen. Allein der oft angeführte Struben widerlegt ihn, und behauptet mit Recht, daß darüber keine allgemeine Anordnung wäre, daß, wenn auch alle adliche Güter Lehen wären, demungeachtet nicht leicht ein Edelmann seye, der nicht auch allodialia zugleich besitzen sollte. Womit auch Kreitmeyer T. 5. c. 18. §. 62. n. 6. p. 1953 übereinstimmt, und sich auf mehrere der bewährtesten Feudalisten beruft.

Eben so wenig dürfte eine ganz stringente Vermuthung daher entstehen, wenn die Töchter in gewisse Güter nicht succedirt haben, daß sie deswegen Lehen seyn müßten, indem dies auf Verträge, oder Testamente beruhen kann, und auch bey Stammgütern,

wenn sie gleich nicht Lehen sind, statt findet. Indessen geben doch diese Umstände, und so auch die Nachbarschaft und Vermischung der Vermuthung immer einiges Gewicht mehr.

§. 11.

Wenn nun die Lehnbarkeit eines Guts dargethan ist, so tritt ferner die Vermuthung ein, daß es ehender Mannlehn, als Weiberlehn sey. Der Text II. F. 36 schließt die Weiber in der Regel deswegen aus, weil sie die Lehndienste, welche nach dem Ursprung der Lehen kriegerisch waren, nicht leisten konnten. II. F. 11 aber setzt die Regel noch allgemeiner fest: „ad filias seu neptes vel proneptes, vel ex filia nepotes seu pronepotes, succeſſio feudi non pertinet; proles enim feminini sexus vel ex femineo sexu descendens ad hujusmodi succeſſionem aspirare non poteſt, niſi ejus conditionis ſit feudum, vel eo pacto acquiſitum.“ So auch I. F. 8. §. 3: „Filia non ſuccedit in feudum, niſi inveſtitura fuerit facta in patrem, ut filii & filiae ſuccedant in feudum (tunc enim ſuccedit filia, filiis non extantibus), vel niſi inveſtitae fuerint.“ Womit noch mehrere Texte übereinkommen. Einer der eben angeführten giebt

ihre

ihre Dienstunfähigkeit zum Grunde an. Die Lehnrechtslehrer setzen diesem noch hinzu, weil die Weiber das Mannengericht nicht besetzen können, und damit die Lehen nicht aus den Familien herauskommen, und die Eröfnungsfälle nicht um so seltner werden.

Das Sächsische sowohl als Allemannische Lehnrecht sind gleichen Inhalts. In jure Sax. feud c. 2 heißt es: „Clerici, feminae, rustici, jus non obtinent feudale;“ welches c. 6 und 21 wiederholt wird. Das nemliche enthält das Jus Allem. feud. c. 1. §. 4.

§. 12.

Daß nun hieraus folge, daß in der Regel alle Lehen Mannlehen seyen, und für diese die Vermuthung streite, darin sind alle Lehnrechtslehrer einig. Alsdann halten zwar einige dafür, daß sich die Vermuthung umkehre, wenn die ratio legis cessire, oder bey feudis oblatis, emtis, conditionatis, wie *Gail* lib. 2. obs. 159. n. 5 es vom feudo emto behauptet; *Struv* in synt. jur. feud. c. 9. §. 8. n. 2 von feudis francis, conditionatis & ad certum servitii genus a femina aeque praestandum restrictis. So auch *Stryk* in Ex. jur. feud.

feud. c. 15. Welche Authoren sich auf II. F. 104 berufen.

Allein Möller in dist. feud. c. 15. dist. 4 führt aus, daß es immer bey der Regel bleibe, und dann nur eine Ausnahme statt finde, wenn ein feudum mere hereditarium, oder a femina acquisitum vorhanden sey, als in welchem Fall nach II. F. 30 und 50 die Vermuthung für die Weiber streite, oder wenn ein Statutum oder die Observanz der Provinz die Weiber berufe.

Die Begünstigung der Männer vor den Weibern ist auch so groß, daß selbst bey feudis ceteroquin femininis doch ehender ein successivum als promiscuum vermuthet wird. I. F. 6. §. 1 heißt es: „Quin etiam siquis eo tenore feudum acceperit, ut ejus descendentes masculi & feminae illud habere possint, relicto masculo ulterius feminae non admittuntur.“ Und so ferner II. F. 17: „Miles non debet feudum suum per feminam recognoscere, donec superest masculus ex eo, qui primam investituram facit.“ Es muß nemlich hier dasjenige, was am wenigsten von der Natur der Lehen abweicht, vermuthet werden.

Um diese allgemeine Vermuthung zu entkräften, und die Succession einer Tochter

vor

vor einem männlichen Agnaten zu begründen, muß also dargethan werden, daß ein in Frage stehendes Lehen 1) als Weiberlehn, und zwar 2) als feudum promiscuum verliehen, oder 3) von einer femina acquirirt worden sey, oder 4) nach einem statuto, oder 5) nach der Observanz des Lehnhofs die Weiber, und zwar wieder nicht etwa nur successive, sondern promiscue zur Succession in die Lehen berufen würden.

§. 13.

Es muß sehr deutlich in einem Lehnbriefe ausgedruckt seyn, und die Worte müssen keinen Zweifel zulassen, wenn ein von der gewöhnlichen Natur der Lehen abweichendes feudum femininum, und noch mehr ein promiscuum, vermuthet werden soll. Die im Lehnbrief enthaltenen Ausdrücke Mannlehn, zu rechtem Mannlehn, rechter Mannschaft und Lehnschaft, entscheiden zwar nicht gegen die Weiberlehen, wenn von dieser Qualität aliunde constirt, sondern zeigen nur überhaupt qualitatem feudalem an. *Buder* in repert. voce Mannlehn. *Möller* l. c. cap. 4. dist. 2. Kreitmayer l. c. §. 7. Ludolf in Obs. T. 4. Obs. 312. Idem in symph. T. 1. consult. 44. p. 1404, wo es heißt: „Nec obstat phrasis illa zu einem rechten Mann-

Mannlehn, nam in terris in primis Rhenanis, Westphalicis & Belgio proximis minime intelligitur feudum masculinum per illam, sed nuda qualitas vasallagii; Mann significat vasallum, rechtes Mannlehn feudum verum, sed non ideo masculinum, & haec significatio confirmatur, inprimis si in feudo aliquo successio feminarum sit consueta.“ Wobey er sich auf eine ältere Cameralrelation (bey *Klock* relat. 26) beruft.

Eben so wenig ist aber auch aus dem Wort Erben, ohne Zusatz eines Unterschieds des Geschlechts, ein Schluß auf ein Weiberlehn zu machen. Die Ausdrücke: Erben, Kinder, eheliche Erben u. dergl. bedeuten im Zweifel nur masculos (*Buder* in repert. voce Leibeserben), und eben so nicht gerade ein Erblehn (idem voce Erblehn. Ludolf de jure fem. illustr. P. 2. c. 1. §. 9. Cramer de pacto filiae nob. hered. renunc. §. 25. Kreitmeyer l. all. p. 1812).

§. 14.

Daß immittelst bey Lehen, welche von einem geistlichen Lehnhof herrühren, die Vermuthung auf Weiberlehen eintrete, wird von vielen behauptet. Allein die durch die bekannte Tummermuthische Schrift gleichsam

sam entstandene Paroemie: Krummstab schließt niemand aus, ist noch gar nicht so ausgemacht, daß man keines speciellern Beweises bedürfen sollte. Wenigstens hat Zimmermann in seinem Tractat: Krummstab schließt die Weiber aus, eben so viel dagegen als sein Gegner dafür gesagt. Hauptsächlich stützen sich die Vertheidiger jener Meynung auf den Grund, weil alle geistliche Lehen für feuda oblata zu achten seyen, und auf eine häufige Observanz, welche man für allgemein auszugeben sich bemüht hat, daß geistliche Lehen Weiberlehen seyen. *Buder* in repert. voce Krummstablehn. *Böhmer* in J. E. P. tom. 2. lib. 3. tit. 20. §. 26, wo hinzugefügt ist, daß die Geistlichen bey solchen Lehen-Offerirungen willig alle Bedingungen eingegangen hätten, und die Disposition des Longobardischen Lehnrechts nur von feudis datis, aber nicht von oblatis, rede. Mehrere sind dieser Meynung, allein wohl noch mehrere der entgegengesetzten.

§. 15.

Der Hauptgrund, daß alle geistliche Lehen feuda oblata, und alle feuda oblata impropria, mithin auch Weiberlehen seyen, ist eine petitio principii. Buri in den Erläut. des deutschen Lehnrechts p. 532 zeigt

ex

ex professo gegen Böhmern, daß gar häufig Kirchengüter zu Lehn gegeben worden seyen, und daher nicht alle geistliche Lehen pro oblatis zu halten seyen. „Quomodocunque feuda oblata constituantur, illa regulariter sunt propria; quamvis non desint, qui feuda oblata impropriis accensenda esse tradunt, suamque sententiam per praesumtionem, quod suam conditionem deteriorem reddere velle non praesumatur, stabilire sibi persuadent; sicuti vero fortior praesumtio vincit minorem, ita quoque praesumtio, quae pro feudi naturalibus militat, tanquam fortior vincit;“ sagt *Helfeld* in Elem. jur. feud. c. 7. §. 176, nachdem er in §. 173 vorausgesetzt hat, daß die Eintheilung in feuda data & oblata im Longobardischen Lehnrecht nicht vorkomme. Und der H. Kammergerichts-Assessor von Globig in seiner commentatione de rebus dubiis in jure feudali führt zwar obs. 2 aus, daß die feuda oblata in manchem von den propriis abweichen, setzt aber p. 13 hinzu: „In eo quidem oblatum feudum cum acquisito convenire videtur, quod transmittendum sit in heredes servitiis exhibendis idoneos, adeoque accendae feminae aliique inhabiles successores, etsi constituant provasallum; hujus enim

enim constitutio annuente saltem domino facienda, qui personam vasalli elegit, nec aequo ferre potest animo, ut alius feudum teneat, alius fidem & servitia praestet.“ Und in der nota 2 fügt er hinzu: „Schilter ad jus feud. Allem. §. 14 autumat, feminas in hoc feudo non excludi, in eademque sententia est *Jenichen* resp. 3 in thesauro jur. feud. p. 418 sed aequitas, ad quam provocant, non sufficit, cum hic de essentia feudi agatur, & ne ad ea quidem servitia, quae ex fide fluunt, feminae judicandae sint capaces.“ Es sagt auch *Möller* in diss. feud. c. 3. diss. 7, wo er von dem Streit über die geistlichen Lehen spricht: „Sed & feuda oblata in dubio sunt propria & masculina. Deest lex & consuetudo universalis. Obstant potius Imperatoris Friderici I. Urtheilsbrief von 1157 über des Gotteshauses St. Emeran Lehen, daß die Weiber nicht erben sollen apud *Hard* Bayerischen Stammbaum P. 1. p. 4, diploma Caroli IV. Imperatoris de 1376, quo feuda Treviensia masculina declarantur, in Lünigs corp. jur. feud. germ. T. 1. p. 386, Constitutio Alberti I. de 1299, qua feminae in regula jure communi excludentur, apud *Lunig* l. c. p. 35,

jus denique feudali germanicum & longobardicum. Hinc in dubio & feuda ecclesiastica propria masculina censentur.“ Eben das behaupten *Rosenthal* c. 7. concl. 31. n. 6. *Coccejus* de feudis Fuldensibus c. 1. §. 5 seq. Struv in synt. jur. feud. c. 3. §. 4. n. 3. *Kreitmeyer* T. 5. c. 18. §. 10. p. 1825.

§. 16.

Insonderheit zeugen auch Ludolf und Cramer, daß man am kaiserlichen Kammergerichte dieser Meynung Beyfall gegeben. Ersterer sagt in symphor. T. 2. consult. 1. p. 70: „idem obtinet, quantumvis versemur in casu feudi ecclesiastici, siquidem a DD. in eam communiter itum sit sententiam, feminas regulariter nec in ecclesiasticum succedere feudum, & hinc damnatam esse illam vulgi opinionem: Krummstab schließt niemand aus.“ Cramer in den Nebenst. Th. 65. p. 77 führt das nemliche aus, und sagt: a) daß, da die Regel der Lehnrechte gegen die Admission der Weiber sey, die Succession der Weiber eine besonders zu beweisende Ausnahme sey; b) daß eine allgemeine Gewohnheit im ganzen deutschen Kirchensprengel nicht erwiesen werden könne, indem viele Erzbisthümer und Stifter unzählige

zählige Mannlehen vergäben, wie solches von Mainz, Trier, Hildesheim, Halberstadt, Würzburg, Bamberg, Eichstädt, Worms, Speyer, Augsburg, Constanz, Elwangen, Kemten, Salzburg, Passau, und andern dargethan sey; c) sey die Gewohnheit einiger auf andere Stifter um so weniger auszudehnen, als die geistlichen Herren zu ihren Feld- und Römerzügen milites und armigaros gleichfalls nöthig gehabt hätten; d) der Schluß von feudis oblatis gelte deswegen nicht, weil ein großer, wo nicht der größte, Theil der weltlichen Lehen ebenfalls oblata und doch masculina seyen. Dem er endlich noch zusetzt, daß Thummermuth falsche allegata führe, den Lehenherren mit allzugroßer Heftigkeit alle Heimfälle abspreche, und oft unvernünftige Beweisthümer beybringe, und von Zimmermann bestens widerlegt sey. Idem in den Nbst. Th. 47. p. 145 und Th. 95 p. 15.

§. 17.

Diese bisher prämittirten Grundsätze fanden nun bey der Entscheidung einer per appellationem an das kaiserliche K. Gt. gediehenen Sache der Verwittibten von Friesenhausen, gebohrner von Meyerhofen, nun deren Tochter verheiratheter von

Donop, wider die Gebrüder von Friesenhausen auf dem Unterhofe zu Maspe, worin das kammergerichtliche Urtheil den 23ten Sept. 1789 erging, ihre völlige Anwendung. Die Appellantinn machte den Appellaten die von ihnen ex capite feudi in den von ihrem ohne männliche Erben verstorbenen Manne besessenen Oberhof zu Maspe, in der Grafschaft Lippe gelegen, theils überhaupt streitig, theils behauptete sie ein jus retentionis wegen ihrer Illaten, eines Vidualitii, und wegen der Aussteuer ihrer Tochter. Da nun durch die sententiam a qua der Hof für Lehen erklärt, und ihr, wenn sie nicht innerhalb 4 Wochen ihre Forderungen werde liquidiren können, solchen den Appellaten cum fructibus einzuräumen aufgegeben worden war, so appellirte sie hiervon an das kaiserliche Kammergericht. Dies ist der Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits, und das factum nebst der Proceßgeschichte ist kürzlich folgendes:

§. 18.

Factum und Proceßgeschichte.

Heinrich von Friesenhausen wurde im J. 1466 von Simon, Bischoffen zu Paderborn, mit dem Hause zu Maspe und allen seinen Zubehörungen und Rechten beliehen, das

das seyen Häuser, Höfe, Aecker, Wiesen, Feld, Weide, nichts ausgenommen, mit zwey Meyerhöfen zu groß Friesenhausen, und somit noch mehrern genannten anderer Orten gelegenen Gütern, wie sie seine Vorfahrer vom Stifte zu Lehen getragen und empfangen haben. Auf ganz gleiche Art wurden mit dem Hause zu Maspe, allen seinen Zubehörungen und Rechten, das seyen Häuser, Höfe, Aecker, Wiesen, Feld, Weide, nichts ausgenommen, in der Folge beliehen, 1) den 1ten Sept. 1569 Johann von Friesenhausen, als der älteste Namens seiner Brüder und Vetter; 2) den 23. Jul. 1580 Hermann zu Behuf seines Vetters Tönnies, von dem die Bellische Linie abstammt; 3) den 3ten Aug. 1590 zum Mitbehuf seiner Vettern Joachim und Christoph Gebrüdern, von denen Joachim die Linie vom Obernhofe, und Christoph die vom Unternhofe gestiftet hat. Dieser ist der Stammvater der Appellaten, jener des Mannes der Appellantinn. 4) Den 16ten Febr. 1601 Joachim vom Obernhofe zum Mitbehuf seines Bruders Christoph, und Tönniessen von der Bellischen Linie hinterlassener Söhne. 5) Den 7. Jun. 1616 Christophs des ältern Sohn, auch Christoph genannt, vom Unterhof anstatt seines Vetters und zu Behuf Friedrichs von der Belli-

 schen

schen Linie und Joachims des jüngern vom Obernhofe. 6) Den 16. Sept. 1652 Friedrich von der Bellischen Linie zum Mitbehuf seiner Vettern Joachims vom Obern- und Johanns vom Unternhofe. 7) Den 14ten Jenner 1682 Alexander Friedrich der Appellantinn Großschwiegervater, als ältester Lehenträger, für sich und seine Vettern Joachim Christoph Johann (der Assessor bey dem kaiserlichen R. K. Gte war), Philipp Sigmund und Jobst Johann vom Unternhofe, auch Falk Arend von der Bellischen Linie. 8) Den 9. Aug. 1691 Philipp Sigmund, der Appellaten Großvater, als substituirter Lehenträger in Mitbehuf seiner Gebrüder Christoph Johann und Johann Jobst, auch Joachim Jürgen, Philipp Moriz, und Johann Friedrich, welcher der Appellantinn Schwiegervater war, sodann Simon Jobst und Rabe Moriz, sämmtlich vom Obernhofe, sodann Friz und Moriz von Belle, allerseits Gebrüder und respective Vettern. 9) Den 12. Dec. 1724, auf Absterben Friedrichs zu Belle, Clamor Franz Dietrich, der Appellaten Vater, als ältester Lehenträger in Mitbehuf Carl Levin, Vater (der Appellantinn Mann) des abgegangenen Johann Friedrichs Sohn, dann Carl Friedrichs, des letzt zu Belle verstorbenen Frierichs Sohn, wie auch Simon Jobst, Rabe

Moriz

Moriz, Carl Ernst Christoph und Philipp Sigmund von den beyden Höfen zu Maspe, sodann Franz Ernst, Johann Friedrich, und Bernhard Dietrich zu Soist. 10) Den 29. Aug. 1732, auf Absterben Clamor Franz Dietrichs, Carl Friedrich zu Belle als ältester Lehenträger, in Mitbehuf Carl Levins zu Maspe, des abgegangenen Johann Friedrichs Sohn, sodann Christian Philipp Friedrich, Johann Carl Ludwig, Ernst Wilhelm Philipp, Dietrich Adolph Friedrich, die jetzigen Appellaten, als des zu Maspe letzt verstorbenen Clamor Franz Dietrichs Söhne, ferner Simon Jobst, Rabe Moriz, Carl Ernst Christoph, Philipp Sigmund zu Maspe, dann Franz Ernst, Johann Friedrich und Bernhard Dietrich von Soist.

Alle diese Paderbornischen Lehenbriefe sprechen gleichlautend nur von einem Hause zu Maspe, die beyden letzten aber unterscheiden sich darin von den vorhergehenden, daß sie den Ausdruck enthalten: und deren männlichen Lehensinteressenten.

§. 19.

Von dem gräflichen Hause Lippe rührt Belle nebst mehrern Gütern zu rechtem Erbmannlehen, indem damit noch den 23. Jul. 1743 Christoph Friedrich zu Belle für sich

und Namens seiner Agnaten Carl Levin (der Appellantinn Mann), ferner der drey appellatischen Brüder, auch ihrer Oheime Carl Ernst Christoph und Philipp Sigmund und des letzten beyder Söhne vom Lippischen Lehnhof beliehen worden ist.

§. 20.

Noch im J. 1553 war zu Maspe nur ein Haus, welches Johann und seine Vettern, so wie ihre Voreltern über Menschen Gedenken besassen, und als Paderbornisches Lehen in der den 30. Sept. erwähnten Jahrs dem Bischof gegen den Grafen zur Lippe übergebenen Bittschrift, mit allen Zubehörungen und Gerechtigkeiten, nichts ausgenommen, anerkannten.

Dieser Johann hatte zwey Söhne, Johann und Hermann. Letzterer hatte eine Concubine, Namens Adelheid, und mit derselben einige natürliche Kinder. Er erbauete einen Hof, den er bewohnte, neben dem auch noch ein kleines Haus. Nach seines Bruders mit Hinterlassung zweyer Söhne, Joachim und Christophs, erfolgtem Tode errichtete er mit dessen Wittwe und Kinder Vormündern in Gegenwart mehrerer Zeugen den 13ten Febr. 1582 einen merkwürdigen Vertrag. Durch denselben wurde der Concubine Adelheid und nach ihrem Tode ihren

ihren mit Hermann erzeugten Kindern das neue kleine Haus erst zur Leibzucht und dann zu Meyerrecht mit verschiedenen dazu geschlagenen Gütern dergestalt überlassen, daß sie es von Johanns Kindern und deren Nachkommen recognosciren, und an dieselben die festgesetzten Praestanda entrichten sollten, an welche die Güter auch, wenn entweder der Adelheid Nachkommen sich ungebührlich betragen, oder aussterben würden, zurückfallen sollten. Es wurde ferner verabredet, daß, obgleich Hermann den Hof, den er bewohnte, erbauet, und in die Ländereyen viele Besserungen verwendet habe, dennoch nach seinem Absterben der Hof, auch alle Ländereyen und Zubehörungen, an seines Bruders Kinder fallen, diese aber dagegen an seine natürliche Kinder 90 Joachimsthaler bezahlen sollten; dabey es Hermannen frey stehe, über seine fahrende Hab zu disponiren. Ferner übernahmen Johanns Kinder, 250 Rthlr., die ihr Oheim auf die Güter geborgt hatte, nach seinem Tode zu bezahlen, protestirten aber gegen alle weiters sich vorfindende Schulden. Uebrigens behielt sich Hermann blos usumfructum der Friesenhausischen Güter auf seine Lebenszeit vor, wollte gleichwohl die Ritterdienste davon prästiren, dagegen aber seines Bruders Wittib die Landschatzung abtragen solle.

Auch noch am 1. May 1587 erkannte Hermann diesen Vertrag an, indem er sich reversirte, 50 Rthlr., die er aufgenommen, in Gemäßheit jenes Vertrags selbsten abzutragen, ohne daß sie seines Bruders Kindern zur Last fallen sollten.

§. 21.

Hermann starb im Jahr 1588, und nun errichteten seines Bruders Söhne, Joachim und Christoph, den 22. März 1590 einen Vertrag mit einander, worin sie, nachdem nun ihnen die Güter Hermanns heimgefallen, wie sie sich dereinst darin theilen wollten, verabredeten, auch ferner ausmachten: nachdem sie sämmtliche Gebäude sowohl die obern als untern ästimiren lassen, und sich gefunden, daß die gemeinen Gebäude fast gleich, das Wohnhaus aber hier unten, so Joachim anjetzt bewohne, zu 1000 Rthlr. angeschlagen worden, so solle Joachim dasselbe nach 7 Jahren seinem Bruder Christoph erblich abtreten, dagegen aber Christoph 500 Rthlr. herausgeben. Für den Graben um bemeldtes Wohnhaus solle Joachim zur Erstattung haben den Ohleyteich, und einen Teich auf Goßmanns Hofe gelegen. Inzwischen aber solle Joachim mit Hermanns Gebäuden zufrieden seyn,

und

und solche restauriren, dazu jedoch aus ihren Gehölzen das Bauholz erhalten.

§. 22.

Diesem Vertrag zu Folge hatte nachher Christoph wirklich das untere Haus erhalten, indem dessen Sohn, auch Christoph genannt, in rubro einer am 21. Sept. 1622 beym Grafen von der Lippe übergebenen Supplik von der jüngern Maspischen Linie des Unterhauses genannt wird. In dieser Supplik erklärt er, daß alle von Friesenhausische Güter zu Maspe Paderbornisches Lehen seyen. Das nemliche behaupten Alexander Friedrich vom Obernhofe, der Appellantinn Großschwiegervater, und Falk Arend von der Bellischen Linie, als ersterer seiner Schwester einen dotem zu geben sich weigerte, und beyde in einer den 11ten März 1662 bey Lippe eingereichten Supplik erklärten, daß die Güter, woraus der Brautschatz gefordert werde, alle mit einander feudal, und von dem H. Fürsten zu Paderborn, oder vom Hause Lippe, zu Lehen gingen. Der nemliche Alexander Friedrich sagte in einer andern Supplik vom 17. Jun. 1680, daß seine Güter überall Lehengüter seyen, wovon er vermöge seines Leheneides nicht das geringste veräußern dürfe.

Als

Als der Appellantinn Schwiegervater, Johann Friedrich vom Oberhofe, von dem Friedrich Moriz Georg von der Bellischen Seite wegen Holzfällens verklagt worden war, antwortete er in einer den 21. May 1710 übergebenen Schrift, daß er zu des Lehnguts Bestem ein Haus zu bauen genöthigt sey, woran sein Gegentheil um so weniger hinderlich seyn sollte, als die Bellische Linie von der seinigen abgetheilt sey, und nach einer Ausgang deren Güter der andern anfielen, und beyde Häuser in eventum gemein wären, zumal das Holz an das Friesenhausische Lehengut verwendet werde. In der darauf gefolgten Replik widersprach auch der von Belle diese Grundsätze nicht, sondern sagte, daß gerade in re communi potior sit ratio prohibentis.

Der Apellantinn Mann selbst stellte über ein aufgenommenes Capital von 120 Rthlr. am 4. Jul. 1746 eine Obligation aus, die auch den 6. Aug. erwähnten Jahrs gräflich Lippischer Seits bestättigt wurde, worin er dem Gläubiger versprach, daß ihm die für das vorgeliehene und ins Gut verwandte Capital antichretisch eingeräumte Ländereyen weder von ihm, noch seinen Lehnsfolgern, entzogen werden sollten.

§. 23.

§. 23.

Die Appellantinn errichtete mit ihrem Manne, dem letzt verstorbenen Besitzer des Oberhofes zu Maspe, coram Notario & Testibus und in Gegenwart ihrer Schwiegermutter, einer auch gebohrnen von Friesenhausen, am 24. Nov. 1749 Ehepacten oder eine conventionem inter vivos, worin unter andern mit notablen Ausdrücken verabredet wurde: 1) daß, weil sie (die jetzige Appellantinn) an illatis baar 4500 fl. oder 3000 Rthlr. in das adliche Friesenhausische Gut zu Maspe einbringe, und solche zu Abführung der darauf haftenden Schulden schon zum Theil angewendet habe, und noch fortan anzuwenden verspreche, so gelobe ihr Mann, wenn solche 3000 Rthlr. insgesammt eingegangen, und damit die Schulden, so weit es hinreiche, abgeführt worden, daß ihr, des zum Besten des Guts angewandten Capitals halber, sämmtliche Güter, sowohl feudalia als allodiala zur Hypothek dergestalt verschrieben seyn sollen, daß nach seinem ohne männliche Lehenserben erfolgendem Tode der etwaige Lehnsfolger und Erbe gehalten seyn solle, die eingebrachten Gelder wiederum auszuzahlen, und solle 2) der Successor ihr zum Wittumsitz auf dem Gut zu Maspe die freye

Woh-

Wohnung nebst dem Butehof und kleinen Bruche lassen, auch 3) jährlich ihr 100 Rthlr. geben, oder dafür und zur Sicherheit das Tintrupper Feld zu benutzen überlassen, und 4) wenn sie sich der Wohnung halber nicht vergleichen könnten, dafür jährlich 35 Rthlr. bezahlen. Sollte aber 5) sie vor ihm sterben, und er zur zweyten Ehe schreiten, so sollten ihre Illata an Baarschaft und Mobilien ihren nachgelassenen Kindern verbleiben, auch sollte solchen die legitima am Väterlichen und an den acquisitis nicht verkürzt werden. 6) Ratificire die verwittibte und gebohrne v. Friesenhausen, seine Mutter, dieses Pactum; er aber wolle 7) in Betrachtung, daß das feudum durch das Eingebrachte aus Schulden gerettet, conservirt, und um ein großes verbessert werde, darauf bedacht seyn, daß von den nächsten Lehensfolgern, welche, im Fall er selbst keine männliche Erben hinterlassen sollte, ihm auf dem Maspischen Gute succedirten, diese Ehepacten schriftlich consentirt, nicht weniger sodann hoc facto 8) der H. Graf von der Lippe um die Confirmation implorirt werde.

Diese Confirmation ist auch salvo cujuscunque jure nachher erfolgt; von einem agnatischen Consens aber constirt nichts.

§. 24.

§. 24.

Der von Friesenhausen Bellischer Linie starb im J. 1759 ohne männliche Erben, mit dessen Wittib, einer gebohrnen von Stading, Appellaten dann auch Streit bekamen, der beym Anfang des gegenwärtigen Processes Anlaß zu irrigen Verwechselungen gab, und hin und wieder in den vorliegenden Acten erwähnt wird. Der Verstorbene war gemeinschaftlicher Lehenträger gewesen, welche Function nun auf der Appellantinn Mann fiel, der auch mit den Appellaten zu Paderborn die Lehen muthete, und von der Wittib die Lehensurkunden ausgeliefert erhalten haben soll.

§. 25.

Auch Carl Levin Franz Ernst von Friesenhausen, der Appellantinn Mann, starb bald darauf. Er lag schon sehr krank, als er am 17. Jenner 1760 einen Notarium zu sich rufen ließ, und demselben in Gegenwart von vier Zeugen, in Kraft eines Testaments, dispositionis mortis causa, oder sonstiger letzten Willenserklärung in die Feder sagte: daß seine zugegenstehende Frau laut errichteter Ehepacten 4000 Rhein. fl. baar eingebracht, und zum Besten der adlichen Güter und Abbezahlung der Lehenschulden verwandt habe,

habe, welchem nach 1) seiner Frau ihre illata mit 4000 fl. aus den Lehengütern baar und ohne einigen Abzug wieder ausbezahlt werden sollten. Dann solle sie den Wittwensitz auf dem adlichen Hause haben, auch den dabey gelegenen großen Garten, sodann das sogenannte kleine Bruch- und Tintrupper Feld lebenslang, wie es ihr in den Ehepacten verschrieben worden, genießen. 2) Solle seine einzige Tochter 1000 Rthlr. Dotalgeldes aus den Lehngütern haben. Da auch sein Vater das adliche Oberhaus Maspe erbauen lassen, und also von den Lehenfolgern die Baukosten refundirt werden müßten, so sollten seiner Tochter, nebst den 1000 Rthlr. Dotalgelder, auch jene Baukosten ausbezahlt werden, oder aber solle sie dafür die adlichen Häuser behalten.

Der Testator besiegelte und unterschrieb nebst den vier Zeugen, worüber der Notarius ein Instrument ausfertigte. Nur zwey Tage darauf, den 19. Jenner 1760 nemlich, starb er auf dem Oberhofe zu Maspe, mit Hinterlassung der Appellantinn als Wittib, und seiner eben erwähnten einzigen Tochter.

§. 27.

Die Appellaten waren in dem damaligen Kriege als Officiers gerade alle abwesend. Ihre

Ihre Großmutter aber suchte die agnatische Lehnfolge zu wahren, und schickte daher am 22. Jenner einen Notarius sammt Zeugen auf den Oberhof, um mit den gewöhnlichen Umständen Besitz zu ergreifen, der sich dann auch mittelst Auslöschung und Wiederanzündung des Feuers in der Küche, Ausschneidung eines Spahns, und Bedeutung an die Pächter, das Pachtgeld an seine Mandanten zu entrichten, seines Auftrags entledigte, und von keinem Widerspruch, noch weniger Widerstande etwas erwähnt.

Allein die Apellantinn hatte gleichfalls Besitz ergriffen, und zwar, da sie auf dem Hofe wohnte, bereits den 21. Jenner, und schon am 24. Jenner erhielt sie vom Lippischen Hofgerichte auf eine bey demselben übergebene, bey den jetzigen Acten aber nicht befindliche, Vorstellung ein Mandatum manutenentiae & de non turbando, welches sie in der ergriffenen Possession der von ihrem Manne hinterlassenen Güter zu Maspe und deren annexorum contra quoscunque manutenirte, und bey Strafe von 50 Goldgulden alle Turbation inhibirte.

§. 27.

Die Großmutter der Appellaten kam nun auch am 31. Jenner 1760 bey gräfl.

Lippischer Regierungskanzley zu Detmold Namens ihrer drey Enkel mit einer Anzeige und Bitte pro Mandato manutenentiae, & de extradendo documenta ein, und unter Beziehung auf den von ihr ergriffenen Besitz, und daß die Wittib des letzt verstorbenen von Friesenhausen zu Belle, gegen die sie auch bereits vorhin, nach zu Belle gleichfalls ergriffenem Besitz, pro manutenentia angerufen habe, dem nun gestorbenen von Friesenhausen auf dem Oberhofe, als seniori familiae, den Lehenkasten übergeben habe, bat sie: sie bey der ergriffenen Possession nicht nur zu manuteniren, sondern auch den Dienst- und Pachtpflichtigen bey Strafe doppelter Ersetzung alle fernern Abgaben an den Oberhof zu Maspe zu prohibiren, die Wittib aber anzuweisen, daß sie intra triduum den Friesenhausischen Lehenkasten an den gegenwärtigen zweyten Bruder auf dem Maspischen Unter- und Stammhof, mit Specification aller von Belle aus erhaltener Documente und Zubehör, gegen Quittung ausantworte, für sich selbst aber ihre an das Gut Maspe etwa formirende Prätensionen beybringen, legali modo erweisen, und in Entstehung gütlicher Auseinandersetzung rechtliche Entscheidung gewärtigen solle.

§. 28.

Es erfolgte hierauf vorerst kein anderes Decret, als: ad acta. Und ehe noch etwas weiteres erging, extradirte die Appellantinn dem zweyten appellatischen Bruder, in Gegenwart eines Notarius und zweyer Zeugen, viele Lehenbriefe und andere zum Lehen gehörige Scripturen, der sie auch den 26ten Febr. 1760 im Namen seines ältesten Bruders als senioris und Lehenträgers in Empfang nahm.

§. 29.

Die Supplik, welche die Großmutter der Appellaten übergeben hatte, war zu den Acten, die zwischen ihr und der Wittib von Friesenhausen zu Belle verhandelt worden waren, registrirt worden. Wie nun die Regierungskanzley aus den verschiedenen Namen sich nicht herausfinden konnte, so gab sie mittelst Decrets vom 28. Febr. d. a. der Klägerinn auf, sich darüber zu erklären, auch in Gemäßheit eines vorhergegangenen Decrets auf die Prätensionen der Beklagtinn an die Bellischen Güter die Erklärung ihrer Enkel beyzubringen.

In Gemäßheit dieses Decrets entschuldigte die appellatische Großmutter am 20ten März d. a. die Verwirrung der Namen mit

einem Schreibfehler. Und für ihre Enkel, die jetzigen Appellaten, erschien nun ein Anwalt, der am 5. Jun. erwähnten Jahrs eine Erklärung übergab, worin er sich in Ansehung der legitimationis ad causam auf die Lippischen Lehenbriefe und die beygelegte Paderbornische Muthscheine bezog, in Ansehung der Prätensionen der Beklagtinn alle Billigkeit versprach, und nun, da nach erfolgter Extradition der Documente der dahin gerichtete Theil des petiti wegfalle, um das vorhin nachgesuchte Manutenenz Mandat, und der Beklagtinn, ihre allenfallsigen Forderungen gehörig zu bescheinigen und darauf billige Erklärung zu gewärtigen, aufzugeben bat.

§. 30.

Hierbey blieb es, indem dieses gerichtliche Verfahren einen Stillstand erhielt. Statt dessen ließ sich der älteste der jetzigen Appellaten, als senior familiae den 16ten Jul. 1765 von Paderborn, und schon vorher den 2. Febr. 1764 von Lippe, für sich, seine Brüder, und seinen Vetter Librecht Ludwig Christoph belehnen. Die darüber erhaltenen Lehnbriefe sind den vorigen, insonderheit den letztern vollkommen gleichlautend, indem sie ebenfalls den Ausdruck: und deren männlichen Lehensinteressenten, enthalten.

§. 31.

§. 31.

Mit der Appellantinn aber ließen sich die Apellaten in gütliche Unterhandlung ein. Den 9ten Sept. 1766 schrieben sie an solche, und verlangten positive Erklärung darüber, ob sie ihre, jedoch vorher zu erweisende, illata heraushaben, oder einen den Gutseinkünften angemessenen jährlichen Unterhalt annehmen wolle; wobey sich jedoch ersten Falls verstehe, daß ihre Schulden, und was sie bisher mehr, als ein ordentlicher Wittwengehalt betragen haben würde, genossen habe, abzuziehen, auch daß sie bey Eid und Pflichten die Einkünfte des Guts, was davon etwa versetzt, oder gar veräußert seyn mögte, auch wie hoch sich die Schulden belaufen dürften, und ob sie zum Besten des Guts oder Privat-Nutzen gemacht seyen, vor allen Dingen anzugeben habe. Diesem legten sie ein von der Universität Helmstädt ausgestelltes Gutachten bey.

Die Antwort der Appellantinn vom 18ten Oct. ged. J. entsprach diesen Aeußerungen nicht, indem sie darin zwar ihre und ihrer Tochter Bereitwilligkeit zu einem Vergleiche bezeugte, zugleich aber in Ansehung der ihr zu beantworten vorgelegten Puncte äußerte, daß darunter manches, was erst dargethan werden müsse, vorausgesetzt werde, daß des-

wegen ihre Antwort um so mehr zu frühzeitig seyn würde, als man ihr bald nach ihres Mannes Tode die Urkunden gewaltsamer und unziemlicher Weise eigenmächtig weggenommen habe. Vor allen Dingen glaube sie, liege den Appellaten der Beweis der vorgeblichen Lehensfolge ob, auch dessen, was eigentlich zu dem angeblichen Mannlehen gehöre, da sich dann hiernach weiter: wozu ihre Tochter berechtigt seye, wer die Schulden bezahlen müsse, woher ihre illata zu ersetzen, und Heimsteuer nebst Wittum zu prästiren sey? ergeben werde. Dies sey entweder gütlich, oder gerichtlich zu entscheiden, und im ersten Fall würden die Appellaten besser thun, sich hierüber fordersamst zu erklären, als solche Grundsätze, wie das ihr geschickte Helmstädter Gutachten enthalte, aufzustellen.

In der hierauf unterm 23. Oct. erwähnten J. abgegebenen Gegenerklärung brachen die Appellaten die Tractaten ab, und äußerten, daß sie dem Gerichte die Entscheidung überlassen würden, daß aber indessen der nun in das siebente Jahr gedauerte Genuß der Gutseinkünfte einmal aufhören müsse, deswegen auch dieselben bis dahin guten Theils in Beschlag genommen worden seyen. Endlich behaupteten sie, daß von allem, was Appellantinn an illatis, Heimsteuer,

und Wittum fordere, ihr nur eines mit Ausschluß der andern zukommen könne.

§. 32.

Die Appellaten wandten sich nun wieder an das Gericht, welches sie sieben Jahr vorher angegangen hatten, und übergaben daselbst den 19. März 1767 eine inhäsive Vorstellung und Bitte, pro nunc impertiendo Mandato manutenentiae, & de immittendo in bona feudalia. Sie bezogen sich darin auf ihre Lehensfolge, kraft welcher sie auch bereits beliehen worden seyen, und auf den ergriffenen Besitz, zu dessen Wirklichkeit sie demungeachtet nicht hätten gelangen können. Wie nun aber die allenfallsigen Forderungen der Wittib ad separatum gehörten, sie auch zur Caution erbietig wären, die Wittib aber die Güter, welche 260 fl. jährlich ertrügen, und wovon verschiedenes versetzt sey, nun schon sieben Jahre besitze: so sey sie zum Ersatz der fructuum perceptorum & percipiendorum verbunden. Sie baten daher nunmehr um das vorhin nachgesuchte Mandat, und zur Liquidation der fructuum um eine Commission, die auch zum Versuch der Güte angewiesen werden könnte.

Auf diese Vorstellung erging am 9. Apr. d. a. ein Decretum communicatorium, mit dem Anhange, daß Beklagte ihre Ansprüche auf das bisher ingehabte Lehengut anzeigen solle.

§. 33.

Beklagte erschien durch einen bevollmächtigten Anwalt am 14. May erwähnten Jahrs, und bat Frist, die sie auch am 21ten ejusd. auf einen Monat erhielt. Den 18ten Jun. stellte sie vor, daß Kläger sich auf Voracten bezogen, da ihr aber nichts, als das Exhibitum vom 19. März insinuirt worden sey, so bitte sie um Communication jener Acten. Welche denn auch am 25ten Jun. auf Kosten der Kläger verstattet wurde.

Hierauf erst übergab Beklagte am 2ten Jul. eine Vernehmlassung, und äußerte vordersamst, daß sich Kläger unschicklich auf Voracten bezögen, wenn es die gegen die Wittib von Friesenhausen zu Zelle wären, weil beyde Fälle keine Verbindung mit einander hätten. Sodann bezog sie sich auf ihren manutenirten, und von Klägern eingestandenen Besitz, mithin diesen der Beweis ihrer Ansprüche in petitorio obliege, wonach erst von Liquidation der Gegenansprüche, wovon ihr der Wittum auf jeden

Fall

Fall werden müsse, und in Ansehung deren sie ihrer Tochter nichts vergeben könne, die Rede seyn könnte. Sie ließ dabey die Bemerkung einfließen, daß die gräfliche Regierung selbst bey der Sache interessirt seye, damit nicht Allodialgüter zu fremdherrischem Lehen gemacht würden. Und, sub protestatione, sich nicht einlassen zu wollen, schloß sie mit der Bitte, die Kläger ab = und allenfalls ad petitorium zu verweisen, Beklagte aber mit ihrer Tochter im Besitz zu schützen, und sie besonders mit der klägerischer Seits gebetenen Commission zu verschonen.

Diese Vernehmlassung wurde den 16ten Jul. ad replicandum communicirt.

§. 34.

Die Kläger (jetzige Appellaten) nahmen sich ein ganzes Jahr zur Beantwortung Zeit, indem sie erst am 7. Jul. 1768 ihre replicas übergaben. Ungeachtet ihrer Protestation, sich nicht ins Petitorium einzulassen, producirten sie zum Beweise, daß in Frag stehende Gut Mannlehn, dafür von der Appellantinn Mann selbst anerkannt sey, und sie damit beliehen worden seyen, mehrere Lehenbriefe, auch ein Attestat des Paderbornischen Lehenhofs, daß das Gut Mannlehen sey, und zu den Ehepacten der

Beklagtinn der lehnherrliche Consens so wenig verlangt, als ertheilt worden sey. Und stellten, da von einer Universitate die Rede sey, mithin praesumtio pro feudo streite, den Satz auf, daß Beklagte das Allodium, so wie ihre übrigen Forderungen, da ihren Ehepacten der lehnsherrliche und agnatische Consens abgehe, in petitorio erweisen müsse. Dem der Beklagtinn ertheilten Manutenenz-Decret setzten sie entgegen, daß causa possessionis und der Name des Guts selbst nicht ausgedruckt sey, daß das Hofgericht ob deficientem titulum solches zu ertheilen nicht befugt gewesen, und daß es, da sie caviren wollten, wieder aufzuheben sey. Die Bitte ist wiederholt auf das vorhin gebetene Mandat und commissionem ad in- & exmittendum & liquidandum fructus, cum expensis, gestellt.

Hierauf erfolgte ein Decretum communicatorium ad duplicandum am 14ten ejusd.

§. 35.

Nach mehrern Contumacial-Recessen auf der einen, und von der andern Seite gesuchten, auch gestatteten, Fristen kam Beklagte mit ihrer Duplik am 12. Jenner 1769 ein. In dieser opponirte sie den Klägern exceptionem deficientis legitimationis

tionis ad causam, indem ihres Mannes Vater noch drey Brüder gehabt habe, deren Todt Kläger, und daß sie die nächsten Agnaten wären, beweisen müßten.

Den producirten Lehenbriefen setzte sie entgegen, daß sie nur eines Hauses zu Maspe gedächten, welches eben das wäre, das Kläger besäßen, und mit dem ihres Mannes in keiner Verbindung stehe. Nur dann erst sey die Vermuthung für die Lehnbarkeit der einzelnen Pertinenzen, wenn sie vom Ganzen erwiesen sey, welcher Beweis den Klägern, und nicht ihr, da sie im Besitz sey, der Beweis des Gegentheils obliege. Die Atteſtate des Lehenhofs, meynte sie, bewiesen nichts, da sie zu dessen Vortheil gereichten. Sie protestirte gegen die Verweisung ihrer Forderungen ad separatum, und daß sie, was sie angeführt, blos pro informatione judicis gesagt haben wolle, und wiederholte somit das Petitum der Exceptionsschrift.

§. 36.

Die Kläger producirten am 11. May erwähnten J. eine Stammtafel, die am 17ten ejusd. ad acta registrirt wurde. Am nehmlichen Tage antworteten sie in einem Oval-Receß auf die Duplik: daß fuglose Detention kein Besitz sey, daß exceptio defi-

cien-

cientis legitim. ad causam in duplicis nicht mehr statt habe, überhaupt aber hier de jure tertii sey, welches um so unstatthafter wäre, da sie von den Lebenhöfen durch die Belehnungen als die nächsten Agnaten anerkannt seyen; ferner, daß die Lehenbriefe sich auf alles in und um Maspe gelegene erstreckten, mithin auch auf die beyden Häuser, um so mehr als sie kaum zehen Schritte von einander lägen, und von einem Stammvater herrührten. Somit repetirten sie priora.

In einem gleichmäßigen Oval-Receß vom selbigen Tage versetzte die Beklagte: daß sie sich an ihren Besitz halte, übrigens acceptire, daß der exceptioni contra legitimationem im Hauptsächlichen nichts habe entgegengesetzt werden können. Sie bestehe auf dem Beweise der Lehnbarkeit des obern Hauses und daß solches zum untern gehöre. Womit sie dann, sub iterata protestatione de non contestando litam, wie vorhin bat.

§. 37.

Es erging hierauf am 22. Jun. d. a. ein Decret, welches die Sache für beschlossen annahm, auf die Transmission der Acten erkannte, und den Klägern copiam vidimatam des sub num. 21 producirten Lippischen

pischen Lehnbriefs beyzubringen und sich gehörig zu legitimiren aufgab. Zugleich wurden auch beyde Theile auf den 6. Jul. zur Inrotulation citirt. Diese geschah jedoch erst am 13. Jul., wobey sich dann fand, daß verschiedene Actenstücke zu der andern Sache der Kläger gegen die Wittib von Friesenhausen zu Zelle registrirt worden waren. Bey dieser Gelegenheit legitimirte sich auch der klägerische Anwalt mittelst beygebrachter Vollmacht.

In dem per citationem anberaumten termino exrotulationis am 14. Dec. ej. a. wurde das von Jena eingelangte Urtheil dahin eröfnet:

> daß das Gesuch der Imploranten nicht statt habe, es könnten und wollten dann dieselben, daß Imploratinn die in Anspruch genommene Lehengüter besitze, und sie in dieselben die einzigen nächsten Lehnsfolger wären, binnen Ordnungsfrist, der Imploratinn Gegenbeweis, beyder Theile Eidesdelation und andere rechtliche Nothdurft in ebenmäßiger Frist vorbehaltlich, wie Recht erweisen, worauf sodann ferner, was Rechtens, ergehen solle.

§. 38.

§. 38.

Beyde Theile interponirten Remedia suspensiva, die Beklagte insonderheit die Berufung an die höchsten Reichsgerichte, und bat am 28. Dec. Frist ad eligendum remedium, die ihr auch auf sechs Wochen verstattet wurde. Die Kläger hingegen erklärten am nemlichen Tage, das remedium nullitatis cum restitutione in integrum verfolgen zu wollen. Worauf ihnen dann am 11. Jenner 1770 terminus ad inferendam deductionem gravaminum angesetzt wurde, den sie noch ferner prorogirten.

§. 39.

Die Kläger übergaben ihre deductionem gravaminum cum articulis & denominatione testium am 8. März erwähnten Jahrs. Sie suchten aus der nahen Lage beyder Häuser, der Vermischung der Ländereyen und Gemeinschaft vieler Gerechtsame, ferner daraus, daß die Besitzer des Oberhofes beliehen worden und dieser immer nur auf die masculos devolvirt sey, zu behaupten, daß er als ein Pertinenz des Unternhofes in den Lehenbriefen, wenn sie gleich als Copeyen der älteren nur von einem Hofe sprächen, unter demselben mit begriffen sey.

Durch

Durch die Absprechung des Besitzes und Auflegung des Beweises hielten sie sich um so mehr gravirt, als die Beklagte keine liquide Forderung, mithin auch kein Retentionsrecht habe. Die aufgegebene Legitimation sey um so gewisser für Chicane zu halten, da der Vatersbrüder des Mannes der Beklagtinn schon im Lehenbrief von 1732 nicht mehr gedacht worden sey. Sie baten daher um Abhörung der vorgeschlagenen Zeugen, und sodann reformatorie zu erkennen, daß sie mit dem Beweise nicht zu beschweren, vielmehr in den Besitz cum appertinentiis einzuweisen, und Beklagte solchen ihnen cum fructibus perceptis & percipiendis & expensis einzuräumen schuldig seye.

§. 40.

Den Klägern wurde hierauf am 15ten März in termino ord. fünf Goldgulden Succumbenzgelder zu erlegen aufgegeben. Ihr Anwalt bat am 29. neml. Monats um fernere Frist ad primam post ferias, die auch am 5. Apr. sub praejudicio verstattet, jedoch die Bescheinigung legaler Hindernisse vorbehalten wurde. Am 24. Apr. erlegte ihr Anwalt die Succumbenzgelder, und entschuldigte seine Principalen wegen der Verzögerung damit, daß das Decret erst

erst zwey Tage ante terminum ihnen insinuirt worden sey, und mit der Entfernung. Darauf wurde am 26. Apr. die deductio gravaminum ad excipiendum communicirt.

Beklagte acceptirte am 12. Jul. d. a. neglectum fatalium, indem die Entschuldigungen wegen nicht in termino hinterlegter Succumbenzgelder unzureichend wären, behauptete daher, daß das Urtheil rechtskräftig, klagender Theil also den auferlegten Beweis anzutreten schuldig seye. Welcher Receß am 19. Jul. zur Vernehmlassung in prima post ferias den Klägern communicirt wurde.

§. 41.

Zu gleicher Zeit exhibirte jedoch Beklagtinn ihre Exceptionen. Sie setzte darin voraus, daß Kläger mittelst Zeugen-Production den Beweis angetreten, mithin sich dem Urtheil gefügt hätten; widersprach darauf, daß das obere Haus vom untern herrühre, indem beyde von einander abgesondert wären. Aus dem Durcheinanderliegen der Güter lasse sich so wenig auf diese, als auf die dazwischen liegende Bauerngüter ein Schluß der Lehnbarkeit ziehen. Sie behauptete, daß beyde Höfe etliche hundert Gänge und durch das Dorf von einander getrennt

trennt seyen, auch daß ihr Mann aufs untere, nicht aber aufs obere Haus, welches sonst auch hätte principaliter geschehen müssen, beliehen worden sey. Sie stellte die Vermuthung auf, daß bey einer ehedem einmal geschehenen Theilung einer das Lehen, der andere das Allodium bekommen haben könne, welches sich aus einem von Klägern vorzulegenden Theilungsstatu ergeben werde. Die jenseits angeführte Geständnisse ihres Mannes suchte sie dadurch zu beseitigen, daß sie eines Theils nur incidenter, und andern Theils aus einer einem Soldaten zu verzeihenden Unwissenheit geschehen seyen. Ferner sagt sie, daß Kläger die angeblichen Veräußerungen nicht zugegeben haben würden, wenn das Gut Lehen wäre. Gegen die vorgeschlagenen Zeugen wendet sie ein, daß sie ihre Feinde seyen, die Artikel aber die durch Documente insbesondere durch Lehensbeschreibungen darzuthuende Lehenbarkeit nicht bewiesen. Sie wiederholte dabey die Klage über gewaltsame Entziehung der Urkunden, so wie die Berufung auf ihren Besitz und die Einwendung gegen die legitimationem ad causam, und bat, die Kläger ob defectum probationis cum expensis abzuweisen.

§. 42.

Nachdem diese Schrift am 19. Jul. ad replicandum mitgetheilt worden war, baten Kläger am 14. Nov. um Communication der allenfalls im gräflichen Archiv befindlichen die Sache betreffenden Urkunden; worauf auch ein Befehl von dem Archivar erging, nachzusuchen, und, was er finden werde, vorzulegen.

Mit den hierdurch erhaltenen Documenten übergaben Kläger am 22ten Febr. 1772 replicas. Hierin läugnen sie die ihnen angeschuldigte gewaltsame Wegnahme der Scripturen, die ihnen vielmehr nicht vollständig, und erst lang nach dem Tode des Besitzers, extradirt worden seyen. Jetzt erst seyen sie durch die aus dem Archiv erhaltene Urkunden ihren Beweis zu führen im Stande. Aus diesen deduciren sie nun: 1) daß das obere Haus das Stammhaus sey, und das untere erst von Hermann erbauet, nach dessen unbeerbtem Tode es durch den mit seinen Bruderskindern wegen seiner Concubine und deren Kinder errichteten Vertrag an jene gefallen sey, und dadurch die von denselben hernach geschehene Theilung veranlaßt worden wäre, wodurch die Vorfahrer des Mannes der Beklagtinn den Oberhof, und die Vorfahrer der Kläger den Unterhof

terhof erhalten hätten, daß demnach gerade der von dem Mann der Beklagtinn besessene Hof derjenige sey, dessen die Lehenbriefe gedächten, wie solches dessen Vorfahren in den beygelegten Urkunden und er selbst in dem Testamente, welches Kläger jedoch ob defectum formalium & consensus domini directi & agnatorum nicht anerkennten, eingestehe. Wornach 2) bey der erwähnten Theilung auch nicht ein Theil das Allodium allein erhalten haben könne, um so weniger, als Seniorat, Lehensempfangung, Anschlag der Güter in der Rittermatrikel, Beholzigung, Gericht, Weide, Jagd, Fischerey, und Reluition gemein geblieben seyen. 3) Sey es an dem, daß beyde Höfe nur durch eine Straße getrennt wären. 4) Bey all den Umständen sey durchaus nicht glaublich, daß die Belehnungen der Besitzer des Oberhofes nur auf einer Anwartschaft auf den Unternhof beruht haben könnten. 5) Mache die Art, wie Beklagtinn die Anerkenntnisse ihres Mannes zu beseitigen suche, ihr keine Ehre, und sie nebst ihrer Tochter würden die Folgen der ohne lehnherrlichen und agnatischen Consens vorgenommenen Veräußerungen noch empfinden. 6) Läugneten sie die Partheylichkeit der producirten Zeugen, und verlangten 7) wegen des ihnen angedichteten spolii Genuthuung. 8) Setz-

ten sie der exceptioni contra legitimationem ad causam wiederholt entgegen, daß sie de jure tertii sey, und sie sich bey den Lehenhöfen genugsam legitimirt hätten. Endlich in Ansehung der Formalien setzten sie noch hinzu, daß diese durch ein rechtskräftiges Decret, welches die solennia pro praestitis erklärt hätte, salvirt seyen; wiederholten somit ihre vorige Petita, und baten, die Beklagte mit ihren Forderungen ad separatum zu verweisen.

Diese Schrift wurde am 27. ejusd. ad duplicandum communicirt.

§. 43.

Nach vielen Fristgesuchen kamen die duplicae am 5. Jenner 1773 ein. Hier wandte Beklagtinn gegen die von Klägern beygebrachte Stammtafel ein, daß solche ein referens absque relato sey. Ueberhaupt behauptete sie, daß das untere Haus von Hermann nur reparirt worden, und das eigentliche alte mit Gräben versehene Castrum sey, und die Theilung sich auf die verschiedenen Gebäude des Unterhofs beziehe, indem sonst dieser Theilung in den nachherigen Lehenbriefen hätte erwähnt werden müssen. Den angeführten Bekenntnissen setzte sie wiederholt entgegen, daß sie nur incidenter geschehen, und keine Lehensbekenntnisse seyen.

Die

Die Gemeinschaft, glaubte sie, könnte ihren Grund in der Anwartschaft haben; und somit inhärirte sie ihren vorigen petitis.

Diese Duplik wurde am 7. ejusd., jedoch nur ad notitiam, mit einem Termin ad submittendum communicirt.

§. 44.

Die Submission erfolgte von beyden Theilen am 3. Febr. Und darauf erging am 13. May 1773 das Urtheil dahin:

daß, nach Verwerfung der imploratischen Einrede der erloschenen Rechtsmittel, sich soviel ergebe, daß Imploranten als nächste Lehensfolger hinlänglich legitimirt, und daher Imploratinn das von ihrem verstorbenen Ehemann besessene Gut, den Oberhof zu Maspe, mit allen Zubehörungen, den Imploranten als Lehen abzutreten, nicht weniger die nach dem Tode ihres Ehemannes daraus gezogenen Nutzungen, sammt den ihres Orts verursachten erweislichen Deteriorationen, wovon jedoch die erweislich noch vorhandenen Meliorationen zu deduciren seyen, nach deren allen vorgängiger Liquidation zu erstatten schuldig, und nach von Imploranten zu leistender Caution mit

ihren übrigen Forderungen ad separatum zu verweisen sey; sie könnte und wollte dann die Liquidität ihrer und ihrer Tochter Forderungen, weswegen ihnen bis zu ihrer Befriedigung das jus retentionis gebühre, in vier wöchentlicher Frist, salva reprobatione, rechtlich darthun, als worauf ferner ergehen solle, was Rechtens, compensando expensas.

§. 45.

Der Beklagtinn Anwalt appellirte in instanti an die höchsten Reichsgerichte, und verband damit quaevis remedia suspensiva, electione salva, inhärirte aber am 27ten May der Appellation, welcher auch am 10ten Jun. deferirt und zugleich eine Ladung zu Leistung der Solennien erlassen, und diese den 17. Jun. insinuirt wurde. Nach mehrern Fristgesuchen und andertweit angesetztem Termin, und da die Kläger, nunmehrige Appellaten, in einem Receß vom 5. Jul. besonders auf die Caution bestanden, indem sie behaupteten, daß die fructus percepti gegen fünf Tausend Gulden betragen würden, erschienen beyder Theile Anwälte den 24ten Jul. und stritten sich über die appellatische Vollmacht, und ob Cautio juratoria statt habe.

Es wurde auf Beybringung einer anderweiten Vollmacht erkannt. Und ungeachtet auch der appellatische Anwalt auf seinen Einreden bestand, so wurde doch am 16. Sept. ein anderweiter Termin, rejectis exceptionibus contra mandata specialia, anberaumt, in welchem am 8. Oct. der Appellantinn Anwalt die Eide wirklich ablegte.

Die Appellaten wandten sich zwar an den H. Grafen, und baten, die Appellation für desert zu erklären; die Regierung aber, an die sie der Graf verwies, erkannte am 4. Nov., daß praestitis solennibus ihr Gesuch nicht statt habe.

§. 46.

Bey dem kaiserlichen Kammergerichte hatte die Appellantinn durch einen Anwalt am 30. Aug. 1773 um Erstreckung der Fatalien auf 2 bis 3 Monate nachsuchen lassen und solche am 11 Sept. erhalten. Durch zwey fernere Prorogationsgesuche und darauf ergangene Decrete hielt sie die Fatalien offen, und übergab endlich intra terminum prorogatum am 12. Febr. 1774 supplicam pro processibus.

In dem beygelegten Libell stellt sie als Beschwerden auf:

1) daß Appellaten mit dem ob neglectum fatale deserten remedio zugelassen worden seyen;

2) daß die legitimatio ad causam, des abgehenden Beweises ungeachtet, für richtig angenommen worden sey;

3) daß die unstatthaften Beweise der Mannlehnbarkeit des in Frag stehenden Gutes für hinreichend angenommen worden, ungeachtet sie, außer den vorhin beygebrachten Gründen, noch beweisen könne, daß der Oberhof von ihrer Schwiegermutter eingebracht worden, bey den von Geistlichen herrührenden Lehen überhaupt auch die Vermuthung für Weiberlehen streite, wie dann auch das Gut noch nie mit Ausschluß der Weiber auf Seitenverwandte devolvirt worden sey;

4) daß sie in die Ersetzung der fructuum perceptorum condemnirt worden, ungeachtet sie bey dem ruhigen sieben Jahre lang unangefochtenen Besitze in optima fide gewesen sey, mithin wenigstens die fructus lucriren müsse;

5) daß sie mit ihren Forderungen, wenn sie solche nicht innerhalb 4 Wochen werde darthun können, ad separatum verwiesen, und aus dem Gut ermittirt werden sollte, da doch wenigstens, daß sie etwas überhaupt zu fordern habe, liquid seye, und

ein

ein jus retentionis begründe, zu dem auch immer noch Allodium in dem Lehen stecken könne. Das petitum ist dahin gestellt, per reformatoriam die Appellaten mit ihrer Vindicationsklage, ob deficientem probationem, cum condemnatione in damna & expensas, abzuweisen.

Worauf dann den 23. ejusd. die gebetene Appellationsprocesse erkannt, und fatalia auf 2 Monate erstreckt wurden, auch Appellantinn, wie die in der Expedition der Processe enthaltene Compulsorialien ausweisen, zum Armenrechte gelassen worden ist.

§. 47.

Nach einer ad insinuandos processus erhaltenen Frist, nachdem darauf die Processe den 20. Jun. 2 und 4. Jul. insinuirt worden waren, und der appellantische Anwalt am 4. Jul. auf 1 oder 2 Monate Frist ad reproducendum gerichtlich gebeten hatte, reproducirte er die Processe den 2. Sept. d. a., und legitimirte sich durch eine auf ihn und einen Substitutum gestellte Vollmacht, und wegen der Eide bezog er sich auf die bey dem Unterrichter geschehene Ablegung derselben.

Die Appellaten erschienen durch einen Anwalt am 12. Sept., der cavirte und

Frist bat, welches Prorogationsgesuch er am 14 und 28. Nov. wiederholte, und sich nunmehr mittelst einer auf ihn und einen Substitutum ausgestellten Vollmacht legitimirte.

§. 48.

Den 11. Jenner 1775 producirte er hierauf Exceptiones. In dieser weitläuftigen Schrift wird der Appellantinn ihr eigenes in ihren, wiewohl ob deficientem consensum Domini directi & agnatorum angeblich ungültigen, Ehepacten enthaltenes Bekenntniß der Lehnbarkeit wiederholt entgegengesetzt, zugleich aber auch daraus behauptet, daß sie die erwähnten 3000 Rthlr. nicht wirklich eingebracht habe. Darauf werden die Sätze, daß beyde Höfe Lehen seyen, aus einem entstanden, und daß Appellantinn den ursprünglichen besitze, das alles auch von ihres Mannes Vorfahren und ihm selbst anerkannt worden sey, durch eine Menge Lehen- und Theilungsbriefe, auch andere Urkunden darzuthun gesucht. Sodann wird auf die appellantischen Beschwerden insonderheit geantwortet:

ad 1) Daß die Appellaten gegen das erste Urtheil nicht Revision, sondern das Remedium nullitatis cum restitutione in integrum eingewandt hätten, ihnen aber

auch

auch eine allenfallsige Rechtskraft nichts schade, weil sie den auferlegten Beweis geführt hätten. Wogegen aber die jenseitige Appellation desert wäre, weil die Caution der Lippischen Hofgerichts-Ordnung gemäß in termino nicht prästirt worden sey.

ad 2) Gehe die legitimatis ad causam die Appellantinn nichts an, und der älteste der Appellaten wäre auch schon als senior familiae hinlänglich legitimirt.

ad 3) Werden die schon vorgekommenen Gegengründe wiederholt, denen nur zugesetzt wird, daß die Appellantinn nicht nöthig gehabt haben würde, zu appelliren, wenn sie hätte beweisen können, daß ihre Schwiegermutter den Oberhof eingebracht habe.

ad 4) Daß der von Appellaten ergriffene Besitz, ihr gerichtliches Anrufen, und die Ehepacten der Appellantinn diese so sehr in malam fidem versetzten, daß sie auch die fructus percipiendos ersetzen müsse.

ad 5) Daß die illiquiden Forderungen der Appellantinn um so mehr ad separatum gehörten, als die Appellantinn die nach ihrem eigenen Angeben 300 Rthlr. ertragenden Einkünfte des Guts bis jetzt genieße.

Das

Das Petitum geht dahin, daß confirmatorie cum damnis & expensis gesprochen, und die Sache an den Unterrichter zurückverwiesen werden mögte.

§. 49.

Nach einer am 10. Nov. 1775 ergangenen terminatoria ad replicandum und einmal darauf gebetener Frist, producirt der appellantische Anwalt am 6. März 1776 Replicas submissivas. Mit Uebergehung der Wiederholungen ist daraus nur zu bemerken, daß Appellantinn dem aus den Ehepacten genommenen Beweise opponirt, daß ihr Mann die Sache nicht verstanden habe. Ferner widerspricht sie die Qualitatem stemmaticam des Guts, wodurch die Weiber ausgeschlossen seyn sollten, besteht auf der Desertion des gegen das erste Urtheil ergriffenen Remedii, weil die Succumbenzgelder nicht in termino entrichtet worden seyen, und hält endlich die lehnherrliche Bestättigung ihrer Ehepacten für unnöthig, und die landesherrliche auch deswegen für hinreichend, weil die Appellaten selbst bey dem Landesherrn geklagt, mithin dessen Competenz anerkannt hätten. Worauf dann das in libello enthaltene Petitum wiederholt wird.

§. 50.

§. 50.

Die Tochter der Appellantinn hatte immittelst einen Major von Donop geheirathet. Diesem und ihrer Tochter übergab die Appellantinn am 6. Aug. 1776, da sie krank danieder lag, den bisher besessenen Oberhof zu Maspe. Erwähnter Tochtermann nahm auch durch Notarius und Zeugen davon Besitz. Tags darauf, den 7. Aug. starb die Appellantinn, und noch den nemlichen Tag ging einer der anwesenden Appellaten mit einem Notarius und Zeugen auf den Oberhof, um Besitz zu ergreifen, wurde aber von dem Major von Donop mit der Protestation und Aeußerung empfangen, daß dieser schon Tags zuvor Besitz genommen habe. Der Notarius bediente sich demungeachtet der gewöhnlichen Zeichen einer Besitzergreifung. Und Appellaten baten darauf am 9ten Aug. bey dem Unterrichter um ein Manutenenz-Decret, wurden aber am 10. Aug., da die Sache puncto der Feudal-Succession an dem kaiserlichen Kammergerichte in appellatorio pendent sey, dahin verwiesen.

§. 51.

Der appellantische Anwalt erschien jetzt am 6. Nov. 1776 Namens der Frau von Donop, zeigte die eben erzählte Vorgänge an,

an, und bat neben dem puncto actorum ulteriores compulsoriales. Er wiederholte solches am 20. Nov., bescheinigte sein Angeben, und bat, die Attentaten zu coërciren. Den 22. Nov. wurden darauf ulteriores compulsoriales erkannt. Der appellatische Anwalt entschuldigte die angeblichen Attentaten am 29. Nov. damit, daß die Appellation ob non producta acta desert sey. Von der Gegenseite wurde am 2. Dec. praeclusoria quoad duplicas gebeten, und am 19. Febr. 1777 wurden die verkündeten ulteriores compulsoriales reproducirt. Wie aber die Acten dennoch nicht einkamen, so bat der appellantische Anwalt den 12. May adhuc ulteriores compulsoriales, und wiederholte sein Gesuch puncto attentatorum.

§. 52.

Der appellatische Anwalt hingegen producirte am 2ten Jun. duplicas. Diese enthalten meistens Wiederholungen. Daher daraus nur zu bemerken ist, daß der Satz aufgestellt wird: wenn eines der beyden Häuser Allodium seyn sollte, so müßte es der neugebauete Unterhof seyn. Ferner wird die Einbringung des Oberhofs durch die Schwiegermutter der verstorbenen Appellantinn aus dem Grunde widersprochen, weil diese

diese eine gebohrne von Friesenhausen vom Unterhofe gewesen sey, der Unterhof aber nach appellantischem Angeben Lehen seyn solle. Sodann wird behauptet, der angebliche Graben um das untere Haus sey ein Bach. Zum Beweise der Mannlehens-Eigenschaft wird der in den Lehenbriefen vorkommende Ausdruck männliche Lehensinteressenten urgirt, und bemerkt, daß von Ausschließung der Weiber nicht die Rede hätte seyn können, weil immer Masculi vorhanden gewesen wären. Endlich wird auf der Beybringung des Beweises, daß die Appellantinn ihre illata ins Lehen verwandt habe, bestanden, und somit ad confirmatoriam submittirt.

§. 53.

Der appellantische Anwalt bat zu fernerer Handlung am 29. Aug. Frist, der appellatische aber am 22. Jun. 1778 Urtheil, und compulsoriales arctiores. Endlich am 6. Jul. ej. a. ließ der Unterrichter anzeigen, daß sich nach dem Tode der Appellantinn deren Schwiegersohn zum Armenrechte nicht qualificirt habe, er bitte daher, ihn hierzu, oder zu Auslösung der Acten anzuhalten. Der appellantische Anwalt stellte dagegen in mehrern Recessen vor, daß seine dermalige Principalinn nicht reicher,

cher, als ihre Mutter, sey, und deren Mann nichts an den Proceßkosten trage, bat daher gerichtlich, und auch in einer den 27. Aug. außergerichtlich übergebenen, mittelst Decrets vom 5. Oct. aber mit der Auflage, daß sich Gegentheil und der Unterrichter innerhalb 1. Mon. darauf vernehmen lassen sollten, ad judicium verwiesenen Supplik, um arctiores compulsoriales, auch, da die Appellaten in einem angeschlagenen Patent den Unterthanen befehlen lassen, ihre Prästationen nur an sie zu entrichten, um Inhibition gegen die Attentaten.

§. 54.

Der Unterrichter ließ zwar am 20ten Jenner 1779 acta priora produciren, aber in einer vorhin extrajudicialiter übergebenen ad judicium verwiesenen Supplik anzeigen, daß der von Donop nicht arm sey; bestand daher auf der Auslösung der Acten.

Appellatischer Seits wurde am 5. Febr. d. a. behauptet, daß das Patent an die Unterthanen nur eine unschuldige Warnung sey, und Urtheil gebeten. Appellantischer Seits ward hingegen am 22. Apr. Inhibition gebeten.

Durch

Durch ein Urtheil vom 17. Jul. d. a. wurde Publicatio & communicatio actorum und zugleich terminatoria ad submittendum erkannt.

Am 10. Dec. ejusd. a. suchte der appellantische Anwalt in einem eigenen Producto die unterrichterliche Anzeige wegen Auslösung der Acten zu widerlegen, und bat, seiner jetzigen Pricipalinn das Armenrecht ihrer Mutter zu continuiren; dem aber per recessum vom 13. Dec. widersprochen ward.

Endlich auf Absterben des appellatischen Anwalts legitimirte sich ein anderer Namens der Appellaten den 12. May 1780, und bat Urtheil, welches der letzte Receß in dem den 16. Jul. 1788 complirten Protocoll ist.

Extrajudicialiter ist noch am 27ten Febr. 1788 von appellatischer Seite eine Supplik pro maturando sententiam übergeben worden, und darin besonders angeführt, daß Appellaten befürchten müßten, die fructus perceptos, die bey dem jährlichen Pachtgeld von 333 Rthlr. sehr hoch anlaufen dürften, zu verlieren, da der von Donop nach der Verordnung, die die Ritterschaft von der ehelichen Gütergemeinschaft ausnehme, an den Schulden seiner Frau keinen Theil zu nehmen brauche.

§. 55.

Beurtheilung.

Prüfung quoad jurisdictionem & puncto formalium.

Wenn in der vorliegenden Sache an der Competenz des Unterrichters gezweifelt werden könnte, so würde dieses die vor allen andern zu entscheidende Präjudicial-Frage seyn, um so mehr, wenn die Sache so beschaffen seyn könnte, daß das kaiserliche Kammergericht zum Präjudiz des eigentlich competenten Richters mit dessen Vorbeygehung nicht Richter seyn, selbst dessen Gerichtbarkeit auch mit Bewilligung beyder streitenden Theile nicht prorogirt werden könnte. Alsdann würde es auf alles weitere nicht ankommen, sondern die Partien müßten an den competenten Richter verwiesen werden. Diese Frage ist also zuerst zu erörtern.

Der Gegenstand der vorliegenden Sache ist die befragte Lehenbarkeit eines Guts, das unter unbestrittener Landeshoheit von Lippe liegt, aber von Paderborn zu Lehen rühren soll, mithin ein feudum extra curtem seyn würde. Wäre nun eine wirkliche Lehenssache vorhanden, so würde sie nicht für den judicem ordinarium, seu territorii,

torii, sondern nach der kaiserlichen W. C. art. 21 an den Lehnhof gehört haben (Böhmer de judice feudi extra curtem, obs. feud. 12. §. 6. 15).

In einer dergleichen Sache gilt auch keine Prorogation: „Prorogatio talis ipso jure nulla est, & quidem processus coram incompetente nullus est, etiamsi per errorem juris vel facti in eum consenserint ambo vel alter eorum;“ sagt *Rosenthal* in Syn. jur. feud. c. 12. concl. 1. n. 47. 48. Und *Hommel* in Rhaps. T. 6. p. 393: „Prorogatio in causis feudalibus in praejudicium Domini non admittitur, ne quidem reconventio.“ Auch in der Appellationsinstanz bey einem höchsten Reichsgerichte würde eine solche Prorogation zum Präjudiz der dem Lehenhof gebührenden ersten Instanz nicht zuläßig seyn, wie *Rosenthal* l. c. n. 91 gegen *Gail* l. 1. obs. 136. n. 2. 3 ausführt; sondern die Sache würde an den Lehenhof zurückverwiesen werden müssen, obgleich *Cramer* T. 1. obs. 246 gegen *Böhmer* in Inst. jur. can. tit. de appell. §. 9 das Gegentheil behauptet. Wenn es demnach hierbey weder auf den ausdrücklichen noch stillschweigenden Willen der Partheyen ankommt, so würde wenigstens die Frage zu erörtern seyn,

 wenn

wenn gleich von keinem Theil Anregung davon geschehen wäre.

§. 56.

Wenn aber diese Grundsätze ihre Anwendung finden sollen, so muß allerdings eine wirkliche Lehenssache vorhanden, und darüber kein Zweifel seyn. Wenn zwischen zwey Vasallen, oder zwischen dem Lehenherrn und dem Vasallen, über ein Lehen Streit ist, und dieser aus dem Lehensvertrag zu beurtheilen ist: dann leidet es keinen Zweifel, daß die Sache nach den deutlich vorliegenden Lehensgesetzen, im ersten Falle vor den Lehenherrn, und im andern Fall vor dessen Mannen oder die pares curiae gehöre.

Eine andere Frage aber ist, wenn Streit zwischen einem Vasallen und einem dritten, der es weder ist noch seyn will, über eine Sache obwaltet, die entweder nicht Lehen ist, oder von der, daß sie es nicht sey, behauptet wird. Dieser Fall ist in den Gesetzen nicht entschieden. Allein eben deswegen sagt schon Mynsinger cent. 5. obs. 75. n. 6. 7: „Si de ipso feudo, scilicet an feudum sit vel non sit? (so gar setzt er hinzu) *inter dominum & vasallum* quaestio oriatur, judex ordinarius adeundus, cum ille casus in libris feudorum non sit

sit expresse decisus, itaque decisioni juris communis standum sit." Man hat nach der Analogie der geistlichen Rechte geschlossen, daß, wie nach c. 5. x. de foro compet. solche Sache, wo ein Clericus einen Layen belangt, dieser aber, daß die Sache der Kirche und dem Clerico gehöre, läugnet, nach der Strenge der Gesetze, wie der Pabst sagt, an den judicem forensem gehören; solches auch von denen Sachen, deren Lehenseigenschaft bestritten werde, gelten müsse. *Böhmer* in seiner Ausgabe des Corp. jur. can. setzt daher auch unter jenes Capitel die notam 6: „Quod etiam in vindicatione feudi obtinet, quod quis sub qualitate allodiali possidet, ut ad forum commune, non ad judicium feudale, causa referri debeat." Schon *Rosenthal* l. c. c. 12. n. 11 [sagt ebenfalls: „Unde manifestissime apparet, si alter neget rem esse feudalem, quod Dominus non possit cognoscere." Eben diese Grundsätze behauptet Ludolf in Symph. T. 3. consult. 25. p. 844: eine Lehensache sey nicht, si causa vertitur inter Vasallum & creditorem vel heredes allodiales. *Stryk* in Exerc. jur. feud. c. 25. quaest. 16. *Möller* in dist. feud. c. 22. dist. 1. „Si demum ab exitu litis pendet, an feudum sit constitutum,

utrum res sit feudalis, an allodialis: tunc causa non est feudalis, & ad ordinarium spectat“ sagt *Böhmer* de judici feudi extra curtem §. 6. 15. Gleicher Meynung ist *Kraitmeyer* ad Cod. judic. Bav. c. 1. §. 13. n. b. Hofmann in der D. R. Praxis T. 2. §. 1301 seq. In den Cramerischen Werken ist dies alles mit vielen praejudiciis bestättigt, als in Observ. T. 1. p. 182. 847. T. 2. P. 1. p. 190. T. 4. p. 804. Nbst. Th. 71. p. 55. Th. 95. p. 13. Th. 102. p. 198. 221. Es fehlt aber doch auch nicht an Rechtslehrern, welche diese Sätze nicht zugeben, wesfalls man nur die beyden Estorschen Dissertationen de jurisd. curiar. clientelar. germanicar. und Melethemata de rite separandis ab allodio rebus feudalibus, anzuführen braucht.

Am besten ist, was *Hommel* über diesen Gegenstand sagt, da es der Natur der Sache und der allgemeinen Rechtsanalogie am angemessensten ist. In seinen Rhapsod. T. 6. p. 399 setzt er voraus, daß in dubio die Vermuthung für die gemeine und ordentliche Gerichtbarkeit streite, sodann bestimmt er sich p. 407 und 408 näher dahin, daß die Erörterung der Streitigkeit, ob etwas ein Lehenstück sey oder nicht, von dem Lehenhofe, oder von dem Civil-Gerichte entschieden

schieden werden könne, je nachdem der Vasall oder ein dritter klage. Er erläutert dieses p. 420, indem er sagt: „Vasallus, qui velit rem allodialem tanquam pertinentiam feudi sibi vindicare, vix potest in judicio feudali convenire filias eam rem possidentes, cum, qui vasallus non sit, coram domino non cogatur respondere, sed quemlibet petitorem opporteat forum Rei sequi. Contra si quis non Vasallus particulam feudi tanquam allodium velit vindicare, curiam domini adibit.“

§. 57.

Wendet man nun diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ist sichtbar, daß ein Vasall, oder der es zu seyn behauptet, gegen ein dritten, der es weder ist, noch seyn will, eine Sache als Lehen anspricht, beklagter Theil aber diese Qualität, diesen Grund der Klage widerspricht, woraus dann ein Streit entsteht, der nicht an des Klägers, sondern der Beklagten forum gehört. Dieses schlägt an, wenn auch gleich die vorliegende Sache, wie weiter unten vorkommen wird, in petitorio dermalen versirt.

Ob das possessorium vel ordinarium vel summariissimum in causis feudalibus

bus an den Lehens- oder ordentlichen Richter gehöre? darüber ist viel gestritten worden. *Rosenthal* l. c. c. 12. concl. 12. n. 70 seq. vindicirt, nach der Analogie der geistlichen Sachen, auch diese Lehenssachen dem Civil-Richter, und beruft sich auf die praxin des kaiserlichen K. Gts. Wenn nun gleich *Struv* in Synt. jur. feud. c. 16. §. 4. n. 3 und *Hommel* in Rhapſ. T. 5. p. 232 und 415 mit andern der entgegen gesetzten Meynung sind: so zeugen doch *Cramer* in Obſ. T. 1. p. 399 und Hofmann in der D. R. Pr. Th. 2. §. 1305, auch Kraitmeyer l. c. von der durch häufige Beyspiele bestättigten Praxis der höchsten Reichsgerichte, womit die zuerst erwähnte Meynung fest gestellt wird.

§. 58.

Es würde also in vorliegendem Fall, wenn auch eine wahre causa feudalis vorgewaltet hätte, der klagende Vasall, wenn er sonst befugt dazu gewesen wäre, gegen die Allodialerben ein Manutenenz-Mandat beym judice rei sitae haben suchen können. Da aber, als er zum Beweis angewiesen, und damit ins Petitorium verwiesen wurde, da würde er, wenn es causa feudalis gewesen wäre, nicht haben müssen ein Remedium interponiren, oder gar, wie er wirklich

lich gethan hat, sich ins Petitorium einlassen, sondern an den Lehenhof gehen müssen. Allein hier, wo causa feudalis nicht vorhanden ist, wo davon die Frage nicht, sondern das unterrichterliche forum in petitorio, so wie in possessorio, gegründet ist, kann vors erste von keiner Lehengerichtbarkeit die Rede seyn. Daher denn auch nicht zu verwundern ist, daß so wenig von einem der streitenden Theile etwas diesfalls eingewandt worden, als der Lehenhof zu Wahrung seiner Rechte einige Schritte gemacht hat; so daß also in Rücksicht der Qualität der Sache der Berufung an das K. Gt nichts entgegen steht.

§. 59.

Die Formalien betreffend, kommt zuerst der Umstand vor, daß nach dem von den dermaligen Appellaten gegen das Urtheil erster Instanz interponirten Remedio der jetzt appellantische Theil in einem Receß vom 12. Jul. 1770 äußerte, daß die Succumbenzgelder nicht in gehöriger Zeit hinterlegt worden seyen, daher das erste Urtheil in die Rechtskraft getreten, indem die Verhinderungs-Ursachen nicht aufgegebenermaßen bescheinigt worden seyen. Die Appellaten erwiederten in replicis zweyter Instanz, daß die Erlegung der Succumbenzgelder an

kein fatale gebunden, doch aber intra terminum a judice prorogatum geschehen, und solennia für berichtigt durch ein rechtskräftiges Decret angenommen worden seyen. Ungeachtet nun darauf in duplicis nichts erwiedert wurde, so ist doch in der jetzigen Appellationsinstanz gleich das erste Gravamen, daß die Appellaten in der vorigen mit dem desert gewordenen remedio revisionis annoch zugelassen worden seyen.

Die Appellaten hatten gegen das Urtheil erster Instanz quaevis remedia suspensiva interponirt, erklärten sich aber sub oblatione ad solennia am 28. Dec. 1769, das Remedium mullitatis cum restitutione in integrum prosequiren zu wollen, und baten ad inferendum gravamina Frist. Nach zweymal erhaltenen Fristerstreckungen übergaben sie deductionem gravaminum, auf die sie am 15. März 1770 angewiesen wurden, forderſamst binnen Ordnungsfrist Succumbenzgelder zu erlegen. Sie baten dazu am 29. März Frist, erhielten sie am 5. Apr., und erlegten das Geld am 24ten Apr., worauf am 26. ejusd. das Decret erging, wodurch die Deductio gravaminum dem Gegentheil communicirt wurde. In dem vorhin angeführten Receß hatte damals der jetzige appellantische Theil nicht behauptet, daß ein Termin wirklich ver-

säumt,

säumt, sondern nur daß die Hindernisse nicht genugsam bescheinigt gewesen seyen.

Allein wie überhaupt von keinem gesetzlichen fatali, sondern von einem vom Richter anberaumten Termin die Frage war, so hing es von diesem ab, ihn anzusetzen, zu erstrecken, und die Verhinderungs-Ursachen zu beurtheilen. Dieser gab aber dadurch, daß er nach erlegten Succumbenzgeldern die deductionem gravaminum simpliciter communicirte, zu erkennen, daß er sich für befriedigt halte. Wenn nun auch gleich die damalige Querulatinn den vermeintlichen neglectum fatalis in dem erwähnten Receß accusirte, so übergab sie doch zugleich Exceptiones; und auch diese communicirte der Unterrichter, ohne auf die gegen die Formalien gemachte Einwendung Rücksicht zu nehmen. Gegen diese beyde Decrete hat Querulatinn nicht nur kein Rechtsmittel eingewandt, sondern auch von den Formalien in duplicis nichts weiter erwähnt, auch blos das petitum der Exceptionen wiederholt und darauf submittirt. Es ist daher sehr begreiflich, daß in der sententia a qua auf diese Einwendung ganz recht keine Rücksicht genommen worden ist. Und sie ist ebenfalls jetzt um so mehr zu übergehen, als die Appellaten in den hier producirten Exceptionen äußern, daß ihnen auf allen Fall eine Rechtskraft

kraft des Urtheils erster Instanz deswegen nicht entgegen stehe, weil sie den ihnen darin aufgelegten Beweis geführt hätten.

§. 60.

Diese Einwendung gegen die Formalien erwiedern die Appellaten in Exceptionibus mit einer andern, daß nemlich nach interponirter Appellation an das kais. K. G. die Caution und übrige Solennien nicht in termino berichtigt worden seyen, die Appellation mithin desert wäre; welches der appellantische Theil damit zu beseitigen sucht, daß der Unterrichter die Solennien für prästirt angenommen, und der appellatische Theil dieses habe rechtskräftig werden lassen.

Gegen die sententiam a qua hat die Appellantinn allein appellirt; der Unterrichter deferirte der Appellation, und setzte zugleich terminum ad praestandum solennia an, worunter er auf appellatisches Anrufen die Caution ausdrücklich nannte. Der appellatischen Einwendung ungeachtet, wurde der Anwalt der Appellantinn zu Leistung der Solennien und darunter auch zur juratorischen Caution zugelassen, und sie von ihm an dem dazu angesetzten Termin wirklich geleistet.

Ob

Ob Appellaten dadurch, entweder weil es verspätet gewesen, oder weil eine juratorische Caution nicht zulässig wäre, beschwert worden seyen, kann man dahin gestellt seyn lassen: denn alsdann hätten sie nothwendig von dem Zulassungs-Decret appelliren müssen, indem hier eine Adhäsion, da es ein anderer Bescheid war, als der von dem die Hauptappellation ergriffen war, nicht hinreichend gewesen wäre. Dies thaten sie aber nicht. Sie wandten sich zwar an den H. Grafen, und baten diesen, die Appellation für desert zu erklären. Als solcher aber sie an das Judicium a quo verwies, erkannte dieses, daß praestitis solennibus ihr Suchen nicht statt habe. Und hierbey ließen es die Appellaten, ohne auch gegen dieses Decret, welches auch ohnehin zu spät gewesen wäre, ein Rechtsmittel einzuwenden.

Es ist demnach die Zulassung der Appellantinn zu den Solennien und namentlich der juratorischen Caution, zumal sie in termino a judice prorogato & praefixo geschehen ist, für rechtskräftig anzusehen, und auf die dagegen in jetziger Instanz noch gemachte Einwendungen keine Rücksicht zu nehmen.

§. 61.

§. 61.

Die übrigen Formalien der Appellation sind gleichfalls richtig beobachtet, dagegen auch nichts eingewandt worden ist. Und an der Appellationssumme ist eben so wenig zu zweifeln, da das angesprochene Gut nach dem eigenen Angeben der Appellaten in exceptionibus und in einer Extrajudicial-Supplik von 27. Febr. 1788 über 300 Rthl. jährlichen Pacht abwerfen soll.

§. 62.

Aus welchen Gründen aber die Appellantinn am K. Gte zum Armenrechte gelassen worden ist, weiß man nicht, da die Supplik, worin sie darum gebeten haben muß, nicht bey den Acten ist; und daß es geschehen, nur aus den in der Expedition der Processe enthaltenen Compulsorialien zu ersehen ist. Dagegen ist nun zwar nichts eingewandt worden. Allein da noch vor Edition der actorum priorum die Appellantinn starb, und ihre an einen Major von Donop verheirathete Tochter in den Besitz des im Streit befangenen Guts trat, so kam hierdurch das erhaltene Armenrecht zur Sprache, weil der Unterrichter den nunmehr den appellantischen Theil ausmachenden Personen die Acten unentgeldlich herauszugeben nicht schuldig zu

seyn

seyn glaubte, und nachdem er sie gleichwohl eingeschickt hat, dennoch auf den Auslösungs-Gebühren besteht. Hierdurch ist die Edition der Acten so sehr verzögert worden, daß ulteriores compulsoriales erkannt werden mußten, und von beyden Theilen arctiores gebeten wurden, appellatischer Theil auch die Desertion darauf gründete.

Ueber die Frage: ob sich das Armenrecht der Appellantinn auch auf ihre Tochter und deren Mann erstrecke? ist viel gehandelt, solches vom Unterrichter, weil beyde das doch wenigstens die summam appellabilem ausmachende Gut besäßen, und sich nicht besonders ums Armenrecht gemeldet hätten, geläugnet, von ihnen selbst aber, weil die Tochter nicht reicher wäre, als die Mutter, der Mann aber nicht schuldig sey, zu den Proceßkosten seiner Frau beyzutragen, behauptet worden.

Man muß gestehen, daß schon einiges Bedenken hätte obwalten können, die Appellantinn selbst zum Armenrechte zu lassen, da sie aus dem im Besitz gehabten objecto litis die Proceßkosten bestreiten konnte. Wenn man aber auch jenes Erkenntniß des kammergerichtlichen Extrajudicialsenats schuldigst verehret, so ist doch solches nicht auf die Erben der Appellantinn, ohne daß sie

sich

sich in specie und besonders auch mittelst Ablegung des Armeneides dazu qualificirt haben, auszulehnen. Die appellantische Tochter besitzt mit ihrem Mann das bestrittene Gut, welche sie nicht, so wie vielleicht ihre Mutter, für ihren einzigen Unterhalt ausgeben kann, da sie einen Mann hat, der sie erhalten muß. Dieser aber, dem seine Schwiegermutter das Gut übergeben, und der auch dem Besitz davon ergriffen hat, der, wie der Unterrichter versichert, nichts weniger als arm seyn, vielmehr während seines Concurses eine Competenz von 500 Rthlr. gehabt haben, und nun nach aufgehobenem Sequester wieder im Besitz seiner Güter seyn soll, ist auf keinen Fall dazu qualificirt. Die dermalige Appellantinn ist daher zu Erlegung der Actenauslösungs-Gebühren, die noch dazu nicht, wie sie angegeben hatte, über 100 Rthlr., sondern nach dem Verzeichniß des Unterrichters nur 21 Rthlr. 26 gr. betragen, wie auch zum Ersatz alles dessen an den Armensäckel, was aus diesem seit dem Tode ihrer Mutter an Kanzleygebühren etwa ausgelegt worden ist, anzuweisen.

§. 63.

Wie aber der Unterrichter wirklich nicht schuldig war, bey diesen Umständen die Acten

un-

unentgeldlich herauszugeben, so excusirt dieses seine moram um so mehr, als er die Acten auf die ulteriores compulsoriales, ohne arctiores abzuwarten, wirklich edirt hat. Aus der mora des appellantischen Theils in Auslösung der Acten kann man gleichfalls deswegen auf keine Desertion schließen, weil die Supplik der jetzigen Appellantinn, worin sie ihren Anspruch aufs Armenrecht ausgeführt hatte, mit der Auflage ad judicium verwiesen worden war, daß die Appellaten und der Unterrichter in Zeit eines Monats sich darauf vernehmen lassen sollten, die Appellantinn mithin dieses abzuwarten, und darauf erst eine vorläufige Entscheidung zu gewärtigen berechtigt war, die aber durch die bald darauf erfolgte Edition der Acten überflüßig wurde.

§. 64.

Die oben §. 50. 51 und 54 vorgekommene Klage wegen begangener Attentate betreffend, ist allerdings nicht zu mißkennen, daß die dort erwähnten facta, nemlich die von den Appellaten intentirte Besitzergreifung und Erlassung eines Patents an die Unterthanen, wirkliche attentata sind, die sich der appellatische Theil zu Intervertirung desjenigen Besitzstandes, wie er zur Zeit der

Bayerische Staatsbibliothek München

Appellation gewesen war, und dessen Beybehaltung die in den erkannten Processen enthaltene Inhibition sicher stellen sollte, hat zu Schulden kommen lassen. Indessen haben diese attentata, in Ansehung deren der Unterrichter selbst seine Schuldigkeit gethan hat (§. 50), keine weitere Wirkung gehabt; und es ist vom appellantischen Theil nicht bescheinigt, daß er wirklich Schaden dadurch erlitten hätte. Wie nun bis hierhin diesfalls von dem kaiserlichen Kammergerichte nichts erkannt worden ist, so kann dieser Punct füglich auch jetzt bey der Definitiventscheidung auf sich beruhen bleiben, auf allen Fall jedoch zu einem Beweggrund zur Compensation der Kosten dienen.

§. 65.

Uebrigens haben die Legitimationen der Anwälte ihre Richtigkeit. Die den Appellaten entgegengesetzte Einwendung deficientis legitimationis ad causam ist aber so sehr mit den Materialien verwebt, und dieser Punct gehört dergestalt zum Fundament der Klage, daß solcher zum voraus hier nicht, sondern füglicher bey der Prüfung der Materialien zu erörtern ist.

Endlich muß quoad praeliminaria erwähnt werden, daß die Sache ausgehandelt ist, da der appellatische Anwalt schon am

Bayerische Staatsbibliothek München

am 2. Jun. 1777 duplicas, als den letzten gesetzlichen Satz, producirt hat. Es ist auch nach eingekommenen Acten am 17ten Jul. 1779 terminatoria ad submittendum ergangen. Hierauf hat nicht nur der vorige appellatische Anwalt, sondern auch der jetzige wirklich submittirt und Urtheil gebeten. Wenn nun gleich appellantischer Seits die Submission noch nicht erfolgt ist, so ist doch die Sache nichts desto weniger zum Spruch reif, und kann um so gewisser von Amts wegen für beschlossen angenommen werden, als jetzt binnen neun Jahren nichts mehr gehandelt worden, mithin alle weitere Handlung ohnehin schon präcludirt ist.

§. 66.

Prüfung der Materialien.

Bey den Materialien der Sache selbst mögte wohl vor allen Dingen zu untersuchen seyn, was für eine Gattung des Processes vorwalte, possessorium oder petitorium? weil die Bestimmung der angestellten Klage hiervon abhängt.

Die erste Imploration der jetzigen Appellaten als Kläger im J. 1760 war offenbar possessorisch. Sie gründeten sich auf den von ihnen ergriffenen Besitz, und baten

um Manutenenz. Sie agirten also ex interdicto retinendae possessionis, oder uti possidetis; aber auch damals schon gewiß nur in possessorio ordinario, da sie auf keine facta turbativa klagten, sondern nur auf Verhütung künftiger, und dahin, daß die Wittib, ihre Forderungen binnen Ordnungsfrist vorzulegen, angehalten werden mögte. Wie nun aber darauf nichts erfolgte, und die Appellaten hernach erfuhren, daß ihnen die Appellantinn zuvor gekommen war, und schon ein Manutenenz-Mandat wirklich erhalten hatte, sie dieselbe darauf während sieben Jahren ruhig im Besitz ließen, und hiernach erst von neuem klagten, hierbey aber selbst anführten, daß sie bis jetzt nicht in den Besitz hätten kommen können, daß die Wittib das Gut nun schon sieben Jahre lang inne habe; so war es wohl widersprechend, sich auf den von ihnen vorhin ergriffenen Besitz zu berufen, und das damals nachgesuchte Manutenenz-Mandat abermal noch zu bitten, und dieses Gesuch mit dem pro mandato de immittendo, welches nothwendig den Mangel des Besitzes voraussetzt, zu verbinden.

Offenbar konnten sie in dieser Lage nur super adipiscenda possessione agiren. Denn wenn gleich in jure civili nur gewisse interdicta adipiscendae possessionis be-

nennt

nennt sind, wovon keines auf gegenwärtigen Fall passen dürfte, so führt doch Kreitmeyer T. 2. c. 5. §. 10. p. 597 aus, daß auch alle andere ungenannte Fälle dahin gehörten, worin jus actoris liquidum, possessoris aber incertum & obscurum wäre, und hätte man sich in solchen Fällen de nomine specifico interdicti nicht zu bekümmern.

Daß aber interdicta adipiscendae auch bey Lehen statt finden, bezeugt schon Schoner in diss. feud. lib. 2. diss. 1. §. 53, wo er sagt: „Interdum interdictum adipiscendae datur vasallo pro adipiscenda re, de qua abusive est investitus, non solum contra Dominum vel ejus heredes, sed etiam contra quemlibet alium non justum nec legitimum possessorem rei."

Wenn das Interdictum denn auch ja einen Namen haben sollte, so könnte man es, wenn gleich bey einem feudo non hereditario von einer Erbschaft eigentlich nicht, sondern de successione ex pacto & providentia die Rede ist, allenfalls quorum bonorum utile nennen, quod datur ab intestato successuro, wie Stryk in Exam. jur. feud. c. 24. qu. 21 anführt; oder actionem in factum, wie es Rosenthal c. 12. concl. 12. n. 35 nennt.

So gar geben einige Authoren, (vid. Struv in Synt. jur. feud. c. 16. §. 3) remedium ex l. fin. C. de Ed. D. Hadr. toll., welches aber, wie Böhmer de act. S. 2. c. 3. §. 5 sagt, das Interdictum quor. bonor. utile selbst ist. Jedoch kann man solches deswegen hier nicht annehmen, weil die Begriffe von Erbschaft auf ein feudum proprium ex pacto & providentia nicht passen.

Wie wenig aber schon ein Remedium adipiscendae possessionis von der petitorischen Klage unterschieden ist, führt der angeführte Kreitmeyer all. l. aus. Interdictum adipiscendae, sagt er, wird nur ex fine & objecto, nicht aber ex causa & origine unter die remedia possessoria gerechnet, weil es nicht ex possessione, sondern aus einem ganz andern und zwar dem nemlichen Rechte entspringt, welches wir selbst in petitorio zum Grund unserer Klage zu nehmen gehabt hätten. Der Unterschied zwischen dieser und der petitorischen Klage besteht auch hauptsächlich nur darin, daß man hier keine so genaue Probe erfordert; und weil der Kläger nicht im Besitz ist, so kann er auch die sonst pro possessore militirende Präsumtion nicht für sich anführen, sondern muß solche aus andern Umständen zu deduciren, und sein jus z. B. ex

ex evidentia instrumenti, confirmatione judiciali, facto & confessione adversarii, zu liquidiren, und ad possessorium zu qualificiren trachten.

§. 67.

Hat aber vielleicht die schon vorher per seniorem familiae simultanee, und die auch nach dem Tode des letzten Vasallen wirklich erhaltene Investitur den Appellaten einen Besitz ertheilt, auf den sie auch ex interdicto uti possidetis ad retinendum zu klagen befugt gewesen wären? Wirklich suchten Appellaten schon am 5. Jun. 1760 mit einem am 11. Apr. d. a. zu Paderborn erhaltenen Muthschein sich zu legitimiren. Mit den Replicis in erster Instanz producirten sie einen Paderbornischen Lehenbrief, nach welchem am 29. Aug. 1732 Carl Friedrich von Friesenhausen zu Belle, als ältester Lehenträger, auch namentlich für sie mit Maspe beliehen worden war; sodann einen fernern Lehenbrief, nach welchem sie selbst am 16. Jul. 1765 zu Paderborn beliehen worden waren, und beriefen sich hierauf zu Unterstützung ihres pro manutenendo wiederholten Gesuchs.

Nun kommen zwar, wie Kreitmeyer Th. 5. c. 18. §. 17. p. 1842 sagt, die auf

solche Art Coinvestirte dadurch in die compossessionem saltem civilem, indem eine solche simultanea investitura effectum constituti possessorii hat. Allein selbst von der investitura propria, die doch sonsten cum dominio utili auch die Possession ertheilt, sagt idem Author. l. c. §. 16. n. 11: „soweit nicht schon ein anderer im Nest sitzt." Von der simultanea eventuali aber vel conditionata, wie die von 1732 in Rücksicht auf die Appellaten war, sagt er §. 17: „Sie ist in der That nichts anders als eine bloße Anwartschaft, welche coinvestito weder compossessionem noch condominium utile; sondern nur jus reale cum spe successionis in casu aperturae gibt." Auch *Ludolf* in Symph. T. 1. consult. 41. p. 1026 sagt: „nequidem per investituram nudam possessio probatur."

Besonders aber treffend hierher ist, was Mevius P. 6. Dec. 174 anführt: „Antiquior appellanti objiciebatur possessio, at aliud ejus argumentum non proferebatur, quam quod in diplomate regio, per quod ipsi feudum in casum, quando aperiretur, concessum erat, possessio simul tradita vel cessa diceretur. Est quidem hujus clausulae quoad concedentem vel ab hac causam habentem effe-

ctus

ctus insignis, ut ita accipiens facultate apprehendendi gaudeat. Ast quoad veritatem possessionis & quoad alios minima acquiritur possessio; solae quippe literae non sunt ad transferendam possessionem habiles, sed haec eget translatione atque apprehensione quadam reali.“ In der Note setzt er hinzu: „verbis, instrumentis, & literis, possessio, quae facti est, non transfertur.“

Nach diesen richtigen Grundsätzen konnte also so wenig die vorhin erhaltene investitura simultanea, als die nachherige propria, den Appellaten die possessionem non vacuam wirklich ertheilen, sie also auch nicht berechtigen, auf Manutenenz einer nicht habenden Possession anzurufen; sondern es blieb ihnen nichts übrig, als, wenn sie ihr Recht liquid genug dazu hielten, ad adipiscandam possessionem zu klagen.

§. 68.

Ob sie nun aber wirklich hätten in den Besitz gesetzt werden sollen, und evacuato per hoc possessorio ordinario der Appellantinn zu überlassen gewesen wäre, in petitorio zu klagen, — ob sie darüber, daß es nicht geschehen, sie vielmehr zum bessern

Beweis ihrer Klage, mithin ad petitorium verwiesen worden, sich zu beschweren Ursache hatten, — oder aber endlich, ob sie sich nicht nach der Auflage gefügt, und den Beweis, somit das petitorium, wirklich angetreten haben? stehet nun noch zu untersuchen. Diese Fragen können nur in der Betrachtung, um zu bestimmen, ob die Sache in petitorio oder possessorio versirt, zur Erörterung kommen.

Die Appellantinn hatte in der ersten Instanz immer, die Kläger ad petitorium und zu dem darin zu führenden Beweis zu verweisen, gebeten. Sie nahm an, daß dies durch das erste Urtheil geschehen sey, die 2te Instanz also in petitorio versirte; und da sie nun in jetziger Instanz darüber gravaminirt, daß der von den Appellaten geführte Beweis durch das vorige Urtheil für hinreichend angenommen worden sey: so nimmt sie auch eben dieses Urtheil als in petitorio ergangen an. Die Appellaten können doch wohl zufrieden seyn, indem, wenn sie jetzt obsiegen, zugleich das Petitorium erledigt ist, und sie nicht erst noch dessen besondern Ausführung zu gewärtigen haben. Daher sagen sie auch in Exceptionibus, daß ihnen auf allen Fall die Rechtskraft des Urtheils erster Instanz nicht entgegen stehe, da sie den ihnen darin auferlegten

Be=

Beweis wirklich geführt hätten. Man kann also mit Beyfall beyder Theile annehmen, daß die Sache dermal in petitorio versirt.

§. 69.

Was Appellaten in erster Instanz vorbrachten, war aber auch bey den von der Appellantinn dagegen gemachten Einwendungen so beschaffen, daß ihnen kein Besitz darauf zuerkannt werden konnte. Sie gründete sich auf die neuesten Lehenbriefe, und auf ihr Recht als nächster Agnaten des letzten Vasallen, glaubten, daß die Gegenforderungen der Appellantinn als illiquid ad separatum gehörten, daher auch ihr Besitz ob deficientem titulum, und da Kläger für die Gegenforderungen Sicherheit leisten wollten, um so weniger manutenibel wäre, als ihr das Manutenenzdecret von dem keine Lehensgerichtbarkeit habenden Hofgericht ertheilt worden sey. Wie nun die Appellantinn die Lehenbarkeit gerade desjenigen Hofs zu Maspe, welchen sie im Besitz hatte, und den Appellaten ansprechen, aus dem nicht unscheinbaren Grunde läugnete, daß in den Lehenbriefen nur eines Hofs gedacht werde, diesen aber die Appellaten selbst besäßen, und sich im übrigen auf die allgemeine Vermuthung pro allodio berief, auf allen Fall ihren

ihren Besitz mit Gegenforderungen und dem dadurch bewirkten jure retentionis zu begründen suchte, endlich in duplicis exceptionem contra legitimationem ad causam entgegensetzte, indem ihres Mannes Vater noch drey Brüder gehabt habe, die oder deren Descendenten den Appellaten vorgehen würden; Appellaten hingegen dieses in jener Instanz so schlechterdings und evident nicht aus dem Weg zu räumen vermogten, sondern bloße unbescheinigte Behauptungen entgegensetzten: so war es wohl natürlich, daß Appellantinn, wenn sie auch kein Manutenenz-Decret, sondern nudam possessionem nur für sich gehabt hätte, im Besitz geschützt werden mußte, bis Appellaten die Lehenqualität des in Frage stehenden Objecti und ihre nächste Agnation außer Widerspruch gesetzt haben würden; indem, wie oben schon vorgekommen ist, derjenige, der ex interdicto adipiscendae possessionis klagt, ein jus liquidum haben, und solches ex evidentia instrumenti oder confessione, vel facto adversarii auf der Stelle erweisen muß, wenn er mit Beyseitsetzung des petitorii in den Besitz, und sein Ge-Gegentheil aus demselben, gesetzt werden soll.

§. 70.

§. 70.

Da Apellantinn unwidersprochenermaßen im Besitz war, so kam es nicht darauf an, ob sie schon darin manutenirt war, oder nicht. Es lag mithin um so weniger etwas daran, ob das Gericht, welches sie manutenirt hatte, Lehnsgerichtbarkeit hatte oder nicht, als, wenn diese erforderlich gewesen wäre, es vom Paderniſchen Lehenhof hätte geschehen müssen, da die Appellaten selbst durch das von ihnen nachgesuchte aber nicht erhaltene Manutenenz-Decret das forum rei sitae anerkannt hatten. Daß sie vorhin simultanee und nachher proprie belehnt worden waren, war nicht genug, wenn über die Identität des lehnbaren objecti noch Zweifel war; und die Frage: in wie fern nach den Umständen die Vermuthung fürs Lehen oder Eigenthum streite, war altioris indaginis, und in einigem Zweifel gewiß für letzteres stärker. Da sie auch immer darüber klagten, daß ihnen die Appellantinn nicht alle von ihrem Mann als Lehenträger besessene Lehens-Scripturen extradirt habe, und in replicis zweyter Instanz selbst sagten, daß sie aus Mangel derselben ihre Klage nicht gehörig hätten unterstützen können, dieser Mangel aber nun durch die auf ihr Ansuchen aus dem Lippischen Archiv erhaltene

Documente ersetzt sey: so gestehen sie dadurch implicite den Abgang des vollständigen Beweises ihrer Klage in possessorio selbst ein. Mit dem in erster Instanz beygebrachten Muthschein, den Lehenbriefen und Attestaten des Lehnhofs über die qualitatem feudi masculini, war es bey den dagegen von der Appellantinn gemachten Ausstellungen nicht genug, daher das Urtheil erster Instanz nothwendig so, wie geschehen ist, erfolgen mußte.

§. 71.

Dieses Urtheil ging auf bessern Beweis; und obgleich Appellaten damals dagegen ein Remedium ergriffen, jedoch aber gerade über das thema probandum, nemlich über die Identität des Objects Zeugen vorschlugen, und in replicis den Grund ihrer Klage mit einer Menge Urkunden zu unterstützen suchten, sich über alle Einwendungen des Gegentheils weitläuftig verbreiteten, und nun nicht sowohl mehr darauf, daß Appellantinn aus dem Besitz und ad petitorium, sondern vielmehr nur mit ihren Gegenforderungen ad separatum verwiesen werden möge, bestanden: so ergibt sich wohl sehr deutlich, daß Appellaten durch den übernommenen, und wie sie selbst behaupten, urtheilsmäßig geführten Beweis das petitorium

gut-

gutwillig angetreten haben, daß mithin vom possessorio die Frage nicht mehr sey, wofür auch der den Appellaten günstige Judex a quo die Sache angesehen hat, da er in rationibus decidendi die Klage eine Vindicationsklage nennt.

§. 72.

Die von einem Kläger angestellte Klage wird in der Regel aus dessen petitis zuerst beurtheilt. Dies mögte aber wohl in gegenwärtigem Falle deswegen schwerer seyn, weil die klägerischen petita in erster und zweyter Instanz noch auf das possessorium gerichtet sind. Gleichwohl läßt sich die Absicht daraus beurtheilen. Die Kläger wollen, daß ihnen vom appellantischen vorhin beklagten Theil der eine Hof zu Maspe als Lehen, cum fructibus perceptis, als den nächsten damit beliehenen Agnaten eingeräumt werde, und sie darin immittirt werden mögten. Dies bitten sie auch ausdrücklich dadurch, daß sie in der jetzigen Instanz blos confirmatoriam der sententiae a qua bitten, durch welches Urtheil die Appellantinn condemnirt worden ist, den Klägern als genugsam legitimirten nächsten Agnaten den lehnbaren Oberhof zu Maspe cum fructibus abzutreten. Da nun also die Kläger behauptet, und, wie die sententia a qua voraus-

setzt,

setzt, erwiesen haben, daß der Oberhof zu Maspe, den Appellantinn besitzt, Mannlehen sey, daß sie als nächste Agnaten, die bereits beliehen worden, Lehenfolger des letztverstorbenen Vasallen seyen, und diesem also succediren, und in den Hof quaest. cum fructibus eingesetzt werden müßten: so fragt es sich, was stand ihnen dazu in petitorio für eine Action zu?

Es ist oben ausgeführt worden, daß die Belehnung zwar keinen wirklichen Besitz, aber doch ein jus reale dem investito ertheile. Es ist die Folge der simultaeae investiturae, noch mehr also der propriae, deren Absicht ist, den Besitz auf den investitum wirklich zu transferiren. Auf beyde Belehnungen haben sich Kläger berufen. „Hinc, sagt Rosenthal c. 12. concl. 12. n. 2, textus feudalis expresse docet, quod vasallus rem per beneficium bene investitam, id est, propria investitura h. e. possessionis translatione, tanquam dominus a quolibet possidente possit sibi quasi vindicare." Im gemeinen Rechte heißen nun bekanntlich alle Realklagen mit dem allgemeinen Namen vindicationes. Die Benennung der Action muß also noch genauer bestimmt werden.

Die Kläger wollen dem letzten Vasallen ein Lehen succediren; haben sie daher

etwa hereditatis petitionem angestellt? „Si feudum sit mere hereditarium, sagt Stryk in Exerc. jur. feud. c. 24. q. 20, & alter pro herede vel possessore possidet, vasallus petitione hereditatis uti poterit.“ Ein feudum hereditarium wird dem feudo ex pacto & providentia entgegengesetzt. Jenes, das hereditarium, ist, quoties modus in rebus allodialibus vel per alienationem vel per successionem transmittendo usitatus receptus est, quod in improprium degenerat & vocatur Erblehen. Dieses aber, das feudum ex pacto & providentia, ist, si per contractum feudalem tam quoad successionem, quam dispositionem vasallo de feudo licitam, modus jure feudali praescriptus, in omnibus ac singulis capitibus retentus, nec quidquam ad normam allodialitatis immutatum est. In hoc succeditur pacto & providentia primi acquirentis; in illo titulo universali hereditatis ultimi defuncti. (Möller dist. feud. c. 4. dist. 14). Von dem Hauptefect, der Succession nemlich ex titulo universali, hat das feudum hereditarium seinen Namen, und die andern Abtheilungen in mere & absolute hereditarium, simpliciter hereditarium & mixtum, beziehen sich auf andere

Modificationen. (Möller l. c. c. 4. dist. 15).

Um also hereditatis petitione ein Lehen zu erlangen, muß die successio ad modum allodialitatis nachgegeben, und der letzte Vasall als Erblasser angesehen werden. Dies war aber die Absicht der Kläger nicht, da sie vielmehr die Mannlehenbarkeit des Guts beständig behauptet, und auf diese ihr Fundament gesetzt haben. Nicht als nächste Erben des letzt verstorbenen, sondern als beliehene Lehensfolger sprechen sie das Gut an. Da auch die leibliche Tochter des letzten Vasallen, wenn von einer Erbfolge die Rede seyn sollte, das nächste Recht gehabt haben würde, so mußten Kläger nothwendig ein anderes fundamentum agendi haben, wenn sie sie ausschließen wollten.

§. 73.

Das Fundament der Kläger ist die Lehensfolge. Diese gibt angeführtermaßen eine Realklage. II. F. 8 heißt es: „rei per beneficium recte investitae vasallus hanc habet potestatem, ut tanquam dominus possit eam a quolibet possidente sibi quasi vindicare.“ Nun kann eine Sache vindicirt werden, sowohl mittelst der eigentlichen actione rei vindicationis, als

nach

nach den Umständen actione publiciana. Diese letztere findet auch bey Lehen statt, wie Rosenthal c. 9. concl. 100. n. 7 und c. 12. concl. 12. n. 5, desgleichen *Hommel* in Rhapſ. T. 6. p. 399 ausführen. Da sie aber nach *Lauterbach* in Coll. theor. pract. L. 6. T. 2. §. 1 demjenigen gegeben wird, qui b. f. poſſedit & poſſeſſionem caſu amiſit, so folgt daraus, daß sie unsern Klägern, die das angesprochene Gut noch niemals wirklich besessen haben, nicht zu statten kommen könne. Rosenthal am erst angef. O. schränkt sie daher auch auf den Fall der Revocation ein.

Daß in caſu revocationis & retractus feudi auch condictio ex moribus statt habe, und, wenn sie gleich ex contractu feudali mota blos perſonalis zu seyn scheine, dennoch, weil der Kläger aus jenem Contracte ein jus reale erlange, dadurch in rem ſcripta werde, und contra quemcunque poſſeſſorem Platz greife, führt mehr gedachter Rosenthal c. 12. n. 13 ſeq. aus. Da aber in gegenwärtigem Fall weder de revocatione noch de retractu des Lehens die Rede ist; so kann auch die condictio ex moribus auf denselben, indem von der Succeſſion gehandelt wird, keine Anwendung finden.

Es bleibt aber keine andere Action übrig, als rei oder feudi vindicatio. „Petitione hereditatis vasallus uti poterit, sagt Stryk in Exerc. jur. feud. c. 24. qu. 20, si feudum sit mere hereditarium, alias rei vindicatione opus habet, ob dominium per successionem ad vasallum devolutum.“ Und Struv in Synt. jur. feud. c. 16. §. 2. n. 4: „locum habet, sive quis feudum habuerit & forte ejus possessionem amiserit, sive per successionem alicui delatum, & ejus possessionem quis nondum fuerit nactus.“ Auch *Böhmer* de actionib. S. 2. c. 2. §. 17 gibt diese Action dem Vasallen wegen des ihm zustehenden dominii utilis, und setzt in der Note 5 hinzu: „neque enim agnati feudales hereditatis petitione, sed tantum rei vindicatione utuntur, quia rem singularem ex pacto & providentia majorum consequuntur.“ Hiermit stimmt noch *Ludolf* in obs. T. 3. p. 85, *Kreitmeyer* T. 5. p. 1935, mit hundert andern, die zu nennen überflüßig seyn würde, überein. Endlich ist diese rei vindicatio nur utilis, wie *Lauterbach* in Coll. L. 6. T. 6. §. 6 bemerkt.

§. 74.

§. 74.

Wenn man also annimmt, daß von den Klägern rei vindicatio utilis angestellt worden sey, so ist die fernere Frage: ob sie ihre Action erwiesen haben? Sie gründet sich auf das dominium utile, und dieses wird, da es außer Streit ist, daß die beklagte Appellantinn das Gut besitzet, das einzige thema probandum seyn, welches den Klägern obliegt.

Das dominium utile bey Lehen wird erlangt durch die von demjenigen ertheilte Investitur, der das Gut oder die Sache zu verleihen das Recht hat. Non titulus tantum & traditio, sed etiam jus tradentis probandum venit, sagt Lauterbach all. l. L. 6. T. 1. §. 20. Um also das dominium utile zu erweisen, mußten Kläger darthun, 1) daß das angesprochene Gut Lehen seye, und 2) daß sie vom Lehensherrn damit beliehen worden seyen.

In der ersten Imploration hatten Kläger diese beyde Puncte als bekannt voraus gesetzt, und sich als die nächsten Lehenssuccessoren prädicirt. Wenn der Besitz, worauf sie sich gründeten, seine Richtigkeit gehabt hätte, so würde dies auch hinreichend gewesen seyn. Dennoch aber gab ihnen der

Richter erster Instanz auf, sich durch eine genealogische Stammtafel zu legitimiren, ohne daß selbst der beklagte Theil, der sich noch gar nicht hatte vernehmen lassen, darauf angetragen gehabt hätte. Die Kläger waren eigentlich in einem Fall, wie der vorliegende, nicht hierzu verbunden. Rosenthal c. 12. dist. 12. n. 18, wo er von der Retractsklage handelt, sagt: „consultum est, gradum cognationis demonstrare, prout semper faciendum, ubi NB. *cum feudi capace* est quaestio.“ Es hatten aber die Kläger mit einer Wittib und einer Tochter zu thun, welche im Zweifel, wie oben §. 11 seq. schon vorgekommen ist, pro feudi capacibus nicht zu halten sind. Es konnte also von dieser legitimatione ad causam, worauf sonst den Richter ex officio zu sehen hat, die Rede nicht seyn. Indessen ließen es sich Kläger gefallen, und übernahmen den Beweis, indem sie sich in der injungirten Erklärung vom 5. Jun. 1760 auf die beym Lippischen Lehenhof befindliche Lehenbriefe beriefen, und bey dem Paderbornischen Lehenhof ausgelößte Muthscheine, auch ein Verzeichniß der noch lebenden Gebrüder und Vetter von Friesenhausen beybrachten. Somit gehörte denn auch freylich der Beweis der Agnation zum thema probandum.

Wie nun Kläger in ihrer wiederholten Vorstellung vom 19. März 1767 behaupteten, des letztverstorbenen Vasallen besessene Güter seyen theils Paderbornisches, theils Lippisches Lehen, und auf sie als Agnaten und Mitbelehnte devolvirt: so war nun jeder dieser Puncte, in so fern er vom beklagten Theil geläugnet wurde, als Fundament der Action zu erweisen. Wenn man also untersucht, was dagegen eingewandt, und wie oder ob es von den Klägern beseitigt worden ist, so wird sich daraus als Resultat die Antwort ergeben, ob die Action erwiesen sey, oder nicht.

§. 75.

In der am 2. Jul. 1767 übergebenen Vernehmlassung war die einzige Einwendung, welche Beklagte gegen das Fundament der Action machte, die, daß sie die Mannlehnbarkeit des angesprochenen Guts läugnete, und darüber von Klägern den Beweis in petitorio erwartete, womit sie in duplicis die Behauptung verband, daß das Gut überhaupt nicht Lehen sey. Dies war mit dem rechtlichen Namen Exceptio non competentis actionis. Nun lag den Klägern ob, zu erweisen, daß das Gut Lehn sey. Daß es Mannlehn sey, brauchten sie

nicht in specie darzuthun, da dafür die Vermuthung streitet.

Schon in replicis erster Instanz brachten sie vier Lehnbriefe bey, nach denen in den Jahren 1732 und 1743 der von Friesenhausen zu Belle, als ältester der Familie für sich und alle andere von Friesenhausen, namentlich auch für den Mann der Appellantinn und für die Appellaten, von Paderborn mit dem Hause zu Maspe, allen seinen Zuhehörungen und Rechten, als da gelegen ist, es seyen Häuser, Höfe, Aecker, Wasser, Feld, Weide, nichts ausgeschieden, — von Lippe mit andern Gütern, ferner in den Jahren 1764 und 1765 der älteste der Appellaten selbst, als nunmehriger senior der Familie, auf eben die Art für sich, seine Brüder und Vettern von diesen beyden Lehnhöfen, beliehen worden, und zogen daraus den Schluß, daß der Appellantinn Mann dadurch, daß er sich mitbelehnen lassen, die befragte Lehnbarkeit selbst anerkannt habe, daß auch, da das Lehn aus einer universitate cum appertinentiis bestehe, eine solche Vermuthung für die Lehnbarkeit vorhanden sey, welche den Beweis des allodii dem beklagten Theil auflege. Als aber die Beklagte in duplicis diesem entgegensetzte, daß in den producirten Lehnbriefen nur eines Hauses zu Maspe und nicht

nicht des Oberhofes, den ihr Mann besessen habe, gedacht werde, vielmehr Kläger selbst das in den Lehenbriefen genannte Haus besäßen, und beyde Häuser von einander verschieden seyen, die Präsumtion fürs Lehen aber nur dann eintrete, wenn die Lehnbarkeit des ganzen Guts außer Streit und nur von einem einzelnen Pertinenz die Rede wäre, mithin die Vermuthung der Allodialität für den zum Unterhofe nicht gehörenden Oberhof so lange streite, bis Kläger durch Lehensverzeichnisse ein anderes dargethan haben würden: so erfolgte, ungeachtet Kläger noch in einem Receß hinzugesetzt hatten, daß beyde Häuser kaum zehn Schritte von einander lägen, das Urtheil erster Instanz, welches den Klägern einen bessern Beweis der Lehnbarkeit auferlegte.

§. 76.

Die Kläger behaupteten in ihrer deductione grav. in zweyter Instanz wiederholt, daß beyde Höfe einander ganz nahe gegen über auf einem Boden lägen, sodann daß der Oberhof von einem der Vorfahren des Mannes der Beklagten, der aus dem Unterhause abgestammt, errichtet worden sey, daß die Vogtey, der Wald, die Jagd, Fischerey, Pächte gemeinschaftlich gewesen wären, und die Ländereyen so unter einan-

der lågen, daß sie nothwendig von einem Vater unter seine Söhne getheilt worden seyn müßten, über welche letztere Umstände sie Zeugen abhören zu lassen vorschlugen. Aus diesen und ihren vorigen Behauptungen folgerten sie weiter, daß sich kein Grund denken lasse, warum der Oberhof nicht Lehen seyn solle, da Beklagte es vom Unterhofe anerkenne, und setzten dem, daß in den Lehenbriefen nur ein Hof vorkomme, entgegen, daß die Nachfolger des ersten Erwerbers den andern erbauet hätten, die folgenden Lehenbriefe aber sich gewöhnlich nach dem ersten richteten, und daß man sich in den Lehensreversen zur Behauptung der Allodialität gewiß vorgesehen haben würde, wenn nicht beyde Höfe unter dem Lehn begriffen wären; daß die Lehenbriefe alles in sich begriffen, so daß also die Vermuthung für die Lehnbarkeit des Oberhofs streite, um so mehr, als der Beklagtinn Mann nach dem Tode des von Friesenhausen zu Belle alle Lehnsscripturen zu sich genommen, mithin doch Lehen gehabt haben müsse; zu wessen allem noch mehrern Beweise sie aus einem beygefügten Versatzbriefe, worin der Appellantinn Mann seiner Lehnsfolger gedenke, und aus einer noch durante lite von der Appellantinn gegen einen Müller erhobenen Klage, worin des Antheils der Appellaten an der Nutzung, die

der

der Gegenstand war, gedacht wurde, das Anerkenntniß des Mannes der Appellantinn und ihr eigenes herleiteten.

§. 77.

Wie nun die Beklagte in den darauf eingegebenen Exceptionen widersprach, daß das obere Haus von dem untern derivire, aber als ein Geständniß acceptirte, daß beyde von einander abgesondert und separatim besessen worden wären, das vorgeschlagene Zeugenverhör als irrelevant verwarf, vielmehr auf dem Beweis durch Documente bestand, und behauptete, daß ihr Mann nicht auf den Oberhof, der sonst principaliter hätte genannt werden müssen, sondern als Lehnsagnat auf den Unterhof mitbeliehen worden sey, und daß, wenn auch ehedem einmal eine Theilung vorgegangen seye, ein Theil im Lehn, der andere im allodio bestanden haben könne, worüber sie aber ein Theilungs-Instrument zu sehen gewärtige, endlich das angebliche Bekenntniß ihres Mannes damit, daß er als Soldat die Consequenz des vom Gläubiger aufgesetzten Instruments nicht verstanden habe, Kläger aber eben diese Veräußerung nicht zugegeben haben würden, wenn es Lehen gewesen wäre: so mußten nun die Kläger andere Beweiswege einschlagen.

§. 78.

Sie änderten nun in replicis ihren Beweis, und gestanden selbst, daß aus Abgang der von der Appellantinn Mann in Händen gehabten und ihnen von ihr nicht vollständig ausgehändigten Lehenspapieren, und wegen ihrer Abwesenheit im Felde und der Unerfahrenheit ihrer Großmutter, ihr Beweis nicht recht geführt, und die Sache verdorben worden sey. Aus den nunmehr aus dem Archiv zu Detmold erhaltenen Urkunden nahmen sie ihre vorige Behauptung, daß das von ihnen besessene Unterhaus das Stammhaus wäre, und davon das Oberhaus derivire, zurück, und stellten nun dagegen den Satz auf, daß das von der Appellantinn besessene Oberhaus das Stammhaus sey, dessen die Lehnbriefe gedächten. Mittelst der aus dem Archiv gezogenen Stammtafel suchten sie darzuthun, daß der 1599 gestorbene Johann v. Friesenhausen zwey Söhne gehabt, wovon der eine, Hermann, mit einer Concubine gelebt, das Unterhaus erbauet habe, für die Concubine aber ein kleineres Haus errichtet, und mit seines Bruders Johann Söhnen, Christoph und Joachim, einen Vertrag dahin geschlossen habe, daß ihnen das Unterhaus verbleiben, der Concubine aber das kleine Häus-

chen

chen in Meyerstand gegeben werden solle. Worauf sich denn auch nach dessen Tode Joachim, von dem der Appellantinn Mann abgestammt, und Christoph der Stammvater der Appellaten, dergestalt getheilt hätten, daß jener das Oberhaus, welches vorhin, nach der von Johann im J. 1553 beym Paderbornischen Lehnhof übergebenen Supplik, das einzige Haus zu Maspe, mithin das in den Lehnbriefen genannte gewesen sey, Christoph aber das Unterhaus erhalten hätte. Wie nun über dies nicht nur der Appellaten Stammvater Christoph, sondern auch der Appellantinn Großschwiegervater Alexander Friedrich im J. 1622, derselben Schwiegervater Johann Friedrich im J. 1710, und ihr eigener Mann in seinem Testamente, eingestanden hätten, daß alle Friesenhausische Güter zu Maspe Lehen seyen: so glaubten sie, damit den verlangten Beweis geführt zu haben; und daß um so weniger bey der Theilung ein Bruder bloße Lehen, der andere aber das Allodium, erhalten haben könne, als die Belehnungen gemeinschaftlich geschehen, das Seniorat, Beholzigung und andere Rechte gemein geblieben, und die gesammten Güter in der Rittermatrikel universaliter und nicht als getheilt angeschlagen seyen, wesfalls denn auch der Appellantinn Mann nicht blos wegen der An-

wartschaft belehnt worden seyn könne. Dies waren dann die Beweise, die den Appellaten in der zweyten Instanz das obsiegliche Urtheil erwirkten.

§. 79.

In der jetzigen Instanz haben sie solche mit noch mehrern unterstützt. Sie beziehen sich in den hier producirten Exceptionen auf das eigene in der Appellantinn, kaum sechs Jahre vor dem Tod ihres Mannes errichteten Ehepacten enthaltene Geständniß der Lehnbarkeit, suchen darauf durch die abermal producirte Stammtafel und Lehnbriefe darzuthun, daß immer der Senior für alle Agnaten mitbeliehen worden, sowohl für die beyden Maspischen Linien, als die schon durch eine Theilung im 14ten Jahrhundert entstandene Bellische Linie. Sie bringen nun einen alten Lehnbrief von 1466 bey, der nur eines Hauses gedenkt, und wiederholen die anfängliche Behauptung, daß das Lehn aus einem complexu bestehe, in welchem Fall die Vermuthung gegen das Allodium sey. Aus dem Vergleich Hermanns mit seines Bruders Söhnen ziehen sie das Argument, daß er die Lehnbarkeit seines neuen Hauses und der Güter überhaupt dadurch anerkannt habe, daß er die Einwilligung der Agnaten zu den Verfügungen wegen sei-

ner

ner Concubine, auch zu einer Schuld, verlangt habe; dem sie in duplicis beyfügen, daß die beyden Stammväter des appellantischen Mannes und der Appellaten in dem Vertrag von 1590 durch den Ausdruck, daß Hermanns Güter nun wieder auf sie devolvirt wären, anerkannt hätten, daß sie vorher von denen des Oberhofes müßten genommen worden seyn.

§. 80.

Diesen Gründen hat die Appellantinn schon in duplicis zweyter Instanz, wiewohl ohne Wirkung, entgegengesetzt, daß die Stammtafel ein referens absque relato sey, daß sie aber auch so wenig, als Hermanns Verfügung wegen seiner Concubine oder der Vertrag Joachims und Christophs von der Lehnbarkeit spreche, so wie auch nicht erhelle, ob Hermann auf dem Obern- oder Unterhofe gewohnt habe. Sie behauptete, daß der Unterhof das alte Castrum wäre, dessen die Lehnbriefe erwähnten, und welches Hermann nicht neu gebauet, sondern nur reparirt hätte, indem die Gebäude noch jetzt von ihrem Alterthum zeugten, und mit einem Burggraben umgeben wären. Den Vertrag der beyden Brüder, Joachims und Christophs, legte sie so aus, daß er nur das Unterhaus

zum

zum Gegenstand gehabt habe, und das Oberhaus gar nichts angehe, auch die Ausdrücke: hier oben und hier unten, nur auf verschiedene Plätze des Unterhofes ihre Beziehung hätten, indem er vom Ohleyteiche als einem Aequivalent gegen den Graben spreche, beyde aber bey dem Unterhofe wären. Selbst jedoch auch dann, wenn der Oberhof in jenem Vertrage mit begriffen wäre, würde hierdurch so wenig, als durch die andere Documente, für die Lehnbarkeit etwas erwiesen seyn, als nirgends von der Lehnbarkeit die Rede sey, es auch um so wahrscheinlicher sey, daß ein Bruder das Lehn, der andere das Allodium erhalten habe, als dem Bruder, der den Oberhof bekommen haben solle, das mit dem Lehn doch schon verbundene Beholzigungsrecht vorbehalten worden sey. Ueberhaupt bestand sie darauf, daß die Lehnbriefe gewiß zwey Häuser enthalten würden, wenn aus dem Lehn schon vor 200 Jahren zwey errichtet, und solche seit dem separatim besessen worden wären; und in dem Lehnbriefe von 1732 bey dem Gute Friesenhausen sechs besondere Höfe beschrieben wären, da denn auch ihr Mann, wenn er das Lehn besessen hätte, primario und nicht secundario hätte beliehen werden müssen, dessen Belehnung übrigens, so wie das Seniorat, und die Eintragung in die

Rit=

Rittermatrikel mit der bloßen Anwartschaft gar wohl bestehen könne. Den allegirten Bekenntnissen suchte sie dadurch die Kraft zu benehmen, daß sie solche lucratorias und incidenter factas nennt, wobey die confitentes ein Interesse gehabt hätten; von dem Testament ihres Mannes insonderheit aber gab sie vor, daß er sie dadurch zu Gunsten der Agnaten habe drucken wollen, und daß es die Erfordernisse eines Lehnsbekenntnisses nicht habe.

§. 81.

In dem Libell bey dem kaiserlichen Kammergerichte setzt sie eine Beschwerde darin, daß Appellaten in revisorio mit neuen Beweisen zugelassen worden wären, wiederholt übrigens ihre vorigen Einreden, und behauptet, daß das von Hermann für seine Concubine erbauete Haus noch beym Unterhofe als ein Wirthshaus stehe; daß das Oberhaus ein bloßes Bauernhaus wäre, mithin das Stammhaus nicht seyn könne, daß der Oberhof erst von ihrer Schwiegermutter zugebracht worden sey; gewärtigt von den Appellaten die Production von Lehnsverzeichnissen oder deutlicher sprechenden Verträgen, und bittet, sie hierzu, oder zum Editionseide anzuhalten. Diesen Gegengründen setzt sie noch in replicis hinzu:

daß aus dem Inhalt ihrer Ehepacten kein Bekenntniß folge, eben so, als die übrigen von Appellaten angeführte Bekenntnisse blos gegen einen dritten, und um sich für Schulden sicher zu stellen, geschehen seyen. Sie acceptirt, daß nicht hätte geläugnet werden können, daß die Appellaten die erwähnten Teiche besäßen, mithin auch das alte Stammhaus besitzen müßten, mit dem das Oberhaus gar keine Verbindung habe, vielmehr jedes für sich einen complexum ausmache, so daß alles, was sonsten von der Vermuthung fürs Lehn gesagt werden könne, darauf keine Anwendung finde.

§. 12.

Diesem setzten die Appellaten in exceptionibus & duplicis der jetzigen Instanz entgegen, daß sie in zweyter Instanz nicht das Remedium revisionis, sondern nullitatis cum restitutione in integrum eingeführt, zugleich aber auch den ihnen auferlegten Beweis vollführt hätten; die angeführten Bekenntnisse bestättigten die Lehnbarkeit des befragten Guts um so gewisser, als sie den Confitenten mehr zum Schaden als Vortheil gereicht hätten. Daß die Theilung nicht zwischen zwey Brüdern vom Unterhause geschehen seyn könne, deduciren sie

da=

daher, weil sonst drey Häuser und drey Linien zu Maspe gewesen seyn müßten, welches doch notorisch nicht wäre. Da vielmehr nur das andere kleinere, nachher in ein Wirthshaus verwandelte und noch so vorhandene Haus für Hermanns Concubine erbauet worden, so müßte in jener Theilung nothwendig vom Ober- und Unterhof die Rede gewesen, jener also das Stammhaus, und vielmehr der Unterhof Allodium gewesen seyn, welches um so ehender seyn könne, als der Graben, der das Unterhaus umgeben solle, nur ein Bach sey, und bey beyden Häusern Teiche wären, der Oberhof auch ein recht gutes adliches Haus gewesen sey, welches erst Appellantinn habe verfallen lassen, und deswegen zum Ersatz der Deterioration condemnirt worden sey. Sie widersprechen, daß sie den Umstand wegen der Teiche eingestanden haben sollten, und glauben, daß in Ansehung derselben in der Folge eine andere Uebereinkunft getroffen worden seyn könne; bestehen vielmehr darauf, daß der Oberhof das eigentliche Lehn, und ehender der Unterhof Allodium wäre, da nach dem Theilungsvertrag dafür 500 Rthlr. hätten herausgegeben werden sollen, und erklären daher, warum in den Lehnbriefen nur eines Hauses gedacht werde. Der appellantischen mit nichts bescheinigten Be-

hauptung, daß der Oberhof von ihrer Schwiegermutter eingebracht worden sey, widersprechen sie mit dem Beysatz, daß solches um so weniger seyn könne, als jene Schwiegermutter eine von Friesenhausen vom Unterhofe gewesen sey, der nach der Appellantinn Behauptung Lehn seyn solle.

§. 83.

Dies sind dann die beyderseitigen Gründe, die zwar in der Proceßgeschichte schon größten Theils vorgekommen sind, hier aber aus den ganzen Acten noch vollständiger, um solche mit einem mal übersehen zu können, zusammen gestellt stehen.

Forderſamst ist zu bemerken, daß gegen die Aechtheit der von Appellaten beygebrachten vielen Urkunden nichts eingewandt worden ist. Ob der producirte Stammbaum ein referens absque relato sey, und deswegen nichts erweise, welches die einzige Einwendung dagegen ist, muß sich dadurch ergeben, wenn untersucht ist, ob er durch die übrigen Documente, insonderheit durch die Lehnbriefe bestärkt wird, oder nicht. Immer aber verdient er schon daher vollen Glauben, weil ihn die Appellaten nicht selbst verfertigt, sondern aus dem Archiv des Terri-

ritorialherrn erhalten haben, der ehender dabey verliert, wenn das angesprochene Gut als ein Lehn eines fremden Landsherrn anerkannt wird, wie Appellantinn ihn selbst vorzustellen, und ihn dadurch für ihre Itention zu gewinnen, gesucht hat.

Dergleichen archivalischen Urkunden legt schon die auth. *ad haec* C. de fide instrum. öffentlichen Glauben bey, indem sie sagt: „item & charta, quae profertur ex archivo publico, testimonium publicum habet.“ Da dieses, wie *Kreitmayer* ad Cod. jud. Bav. c. 11. §. 2. lit. c sagt, sogar gilt, um für den Archivherrn gegen den Unterthan zu beweisen: so muß es noch weit mehr dann der Fall seyn, wenn Unterthanen desselben, wie hier, mit einander Streit haben, das Attestat des Archivarius auch producirt ist. Eben dadurch bekommen aber auch diejenigen Urkunden, welche die Appellaten, von den replicis in zweyter Instanz an, producirt haben, da sie solche ebenfalls aus dem Lippischen Archiv erhalten, vollen Glauben.

§. 84.

Die Einwendung gegen den ganzen Beweis der Appellaten, daß er in revisorio unzuläßig gewesen sey, zerfällt schon dadurch, daß sie gegen das Urtheil erster Instanz nicht

Revision, sondern querelam nullitatis juncta restitutione in integrum eingewandt haben, wobey ihnen also, daß der Unterrichter Succumbenzgelder, wie sonst in revisorio zu geschehen pflegt, angesetzt hat, gegen ihre Intention und deutliche Aeußerung nicht präjudiciren kann. Ueber das würde aber auch, wenn Appellaten in zweyter Instanz wirklich Revision eingewandt hätten, solches auch hier, wie bekanntlich in Westphalen überhaupt die Revision ein remedium ordinarium ist, das, so wie die Appellation, neue Beweise zuläßt, angegangen seyn, um so mehr, als ja Appellantinn von dem in diesem angeblichen revisorio gefällten Urtheil appellirt hat, welches ihr nicht zugestanden hätte, wenn es das Remedium extraordinarium gewesen wäre, das keine nova zuläßt. Endlich aber stand es ja den Appellaten frey, statt das ergriffene Rechtsmittel zu prosequiren, den ihnen auferlegten Beweis anzutreten, welches, daß es von ihnen geschehen, sie deutlich genug erklären.

§. 85.

Den Beweis selbst betreffend, sind beyde Theile darüber einig, daß gewiß eines der beyden Häuser in Maspe Lehn, und dasjenige sey, welches in den Lehnbriefen genannt

nannt werde. Nun fragt sich aber, ob daraus, daß es in den Lehnbriefen heißt: das Haus mit allen seinen Zubehörungen und Rechten als da gelegen ist, es seyen Häuser, Höfe, Aecker, Wasser, Weide, Feld, nichts ausgeschieden, wie sich schon der älteste producirte Lehnbrief von 1466 und so alle folgende ausdrücken, die Vermuthung folge, daß auch alles andere nicht genannte Lehen sey?

Es sind oben von §. 1 bis 10 die allgemeinen Grundsätze in Betreff der Vermuthung für die Lehnbarkeit oder für das Eigenthum schon umständlich vorgekommen, welche nun auf den vorliegenden Fall angewendet werden sollen.

§. 86.

In dem ersten Lehnbrief wird nur ein Haus zu Maspe genannt, und dieses in der Art, wie eben angeführt ist, verliehen. Dies geschah 1466, und der Heinrich, der das Lehn empfing, war der, von dem die Appellaten und der Appellantinn Mann abstammen: denn wäre es auch der andere damals lebende Heinrich, sein Bruder, gewesen, von dem die nun ausgestorbene Vellische Linie abstammte, so müßte er das Lehn Namens seines Bruders empfangen haben; immer war doch nur ein Besitzer zu Maspe.

Da dieser nun das Lehn auf die im Lehnbrief ausgedrückte Art annahm, so erkannte er schlechterdings alles, was er zu Maspe besaß, für Lehn. Nichts bestimmt der Lehnbrief genau; von nichts gibt er ein Maß, eine Zahl an; alles ist generisch gesagt, und der Ausdruck: nichts davon ausgeschieden, schließt alles Eigenthum aus. Selbst wenn noch mehrere Häuser und Höfe da gewesen wären, so waren sie alle unter dem Lehn begriffen.

Die erwähnte in den Lehnbriefen enthaltene Formel ist gewiß eine solche, von welcher alles das gilt, was oben §. 6 bis 9 ausgeführt ist, und bey der auch die dem Allodium günstigsten Rechtslehrer keinen Zweifel haben würden, daß alles, was zu der Zeit die von Friesenhausen zu Maspe besessen, zu der universitati bonorum gehört habe, mit der sie beliehen worden.

Noch im J. 1553 war zu Maspe nur ein Haus, welches Johann der gemeinsame appellantische und appellatische Stammvater für sich und seine Vettern mit allen Zubehörungen, nichts davon ausgeschieden, für Paderbornisches Lehn erkannte (§. 20.). Auf gleiche Art erkannte es noch Johann, der gleichfalls gemeinschaftliche appellantische und appellatische Stammvater im J.

1569

1569 für sich, seinen Bruder Hermann und seine Vettern von der Bellischen Linie, und 1580 Hermann selbst in dem in diesem Jahre angenommenen Lehnbriefe (§. 18.).

§. 87.

Wenn nun auf diesem unstreitig lehnbaren fundo Hermann ein neues Haus errichtete, so konnte dies dem Lehnherrn so wenig, als den künftigen Lehnsfolgern präjudiciren, und etwas von den für Lehn anerkannten fundis entziehen. Hätte er von benachbarten oder auch von Maspischen Bauerngütern etwas erkauft gehabt, und darauf als auf eigenthümlichem und nicht lehnbaren fundo ein Haus errichtet: so war es seine Sache, eine Aenderung und nähere Bestimmung in dem Lehnbrief zu verlangen. Da er aber dieses nicht that, sondern sich mit den vorigen allgemeinen Ausdrücken beleihnen ließ: so erkannte er auch dieses neue Haus für Lehn, und mußte den Schluß gelten lassen, daß es auf dem zum Lehn gehörigen fundo erbauet worden, und daß alle dessen Zugehörungen Lehen seyen. *Struv* in Synt. jur. feud. c. 12. §. 6. n. 9 sagt: „Feudo accedit aedificium in solo feudali exstructum;“ und c. 6. §. 10. n. 6: „si feudo jungantur a vasallo res quae-

dam allodiales, illae non fiunt feudales, nisi vasallus eas etiam ut feudales a domino recognoverit." Dieses würde aber geschehen seyn, da Hermann diese Stücke in dem Lehnbriefe nicht hat ausnehmen lassen, und es wäre daraus die incorporatio feudi entstanden, von der Kreitmeyer l. all. n. 8. p. 1954 seq. redet. Wenigstens würde gewiß aus den ungeänderten allgemeinen Ausdrücken der Lehnbriefe die Vermuthung für den Lehnherrn sowohl als für die Lehnsfolger so lange folgen, bis ein anderer titulus possessionis nicht plene erwiesen wäre.

Der Lehnmann hat es sich selbst beyzumessen, sagt Struben am oft angeführten Orte §. 4. p. 249, wenn er einen Lehnbrief angenommen, welcher die Lehnstücke nicht deutlicher ausdrückt, und die über die etwa zugekaufte Güter errichtete Contracte hat abhanden kommen lassen. So lang aber keine Aenderung mit dem Lehnbriefe vorgegangen ist, die mit Bewilligung allerseits Interessenten geschehen muß, bleibt der älteste die Quelle der Entscheidung, dessen Formular daher auch immer beybehalten wird. *Buder* in repert. voce Belehnung §. 35 und voce Lehnbrief §. 5 setzt hinzu, daß selbst der Kaiser in der W. C. art. XI. §. 1 in Ansehung der Reichslehen versprochen,

die Lehnbriefe jedesmal nach dem vorigen Inhalt, in so weit nicht die inzwischen vorgekommene besondere Umstände eine andere Einrichtung erforderten, unweigerlich und ohne alle Contradiction, welche zum rechtlichen Austrag zu verweisen, ungeändert erneuern zu lassen.

§. 88.

Daß aber kein Lehnsverzeichniß, wie die Appellantinn verlangt, hat producirt werden können, beweist mehr gegen als für sie. Einmal waren Appellanten dazu nicht verbunden, indem aus den Lehnbriefen schon so viel Vermuthung für sie war, daß Appellantinn den Beweis des Gegentheils übernehmen mußte. Dann aber beweist gerade, das ermanglende Verzeichniß, daß man es deswegen nicht für nöthig geachtet, weil der Lehnbrief ohnehin alles in sich begreift.

Der Appellantinn Mann hatte ja die Lehenpapiere, als ältester der Familie, in Händen; wie nun unter denen, die sie an die Appellaten extradirt hat, kein Lehnsverzeichniß befindlich war: so hätte sie es also zurückbehalten haben müssen, wenn eines vorhanden gewesen wäre; denn der Vasall, der es aufsetzt, behält doch wenigstens gewiß eine Abschrift davon in Händen. Wäre es ihr

ihr nun günstig gewesen, hätte es das nun ihrem Mann besessene Haus vom Lehn ausgeschlossen; warum producirte sie es nicht?

Daß in den Lehnbriefen bey andern Gütern, z. B. bey Friesenhausen, mehrere Häuser genannt sind, beweist weiter nichts, als daß an dem Ort zur Zeit des ältesten Lehnbriefs schon mehrere Häuser auf dem fundo feudali gestanden, zu Maspe aber nur eines. Das hindert aber nicht, daß nichts desto weniger alles nachher auf lehnbaren Grund und Boden zu Maspe Erbauete eben so gut zum Lehn gehört, als das ursprünglich darauf gestandene, da die nach und nach gefolgten Lehnssuccessoren es beym alten gelassen, und das neu erbauete in den Lehnbriefen nicht haben ausnehmen lassen.

Appellantinn gibt den Satz selbst zu, daß die Pertinenzen für Lehen zu achten seyen, wenn solches vom Hauptgut erwiesen wäre. Sie hält aber das von ihrem Manne besessene für ein Hauptgut, das nicht als ein Pertinenz angesehen werden könne. Allein eben dasselbe ist doch nothwendig ein Theil desjenigen, was Heinrich und Johann von Friesenhausen, die alles zusammen hatten, was die von ihnen abstammende Appellaten und der Appellantinn Mann als aus jenem

Gan-

Ganzen entstandene Theile besaßen. Mithin da jenes Ganze gezeigtermaßen Lehn war, so müssen es auch dessen Theile seyn, und diese sind allerdings als Partinenzen des Ganzen, als partes integrantes desselben anzusehen.]

§. 89.

Die aus dem angeführten sich ergebende Vermuthung wird nun freylich dadurch bestärkt, daß nicht etwa ein Haus im Maspischen Bezirk, und das andere auf einem andern, sondern beyde im Umfang des Orts auf einer Terminey liegen, daß die zu beyden gehörende Ländereyen untermengt sind. Wenn gleich die Partien darüber uneins sind, wie nahe beyde Häuser an einander liegen, worüber Appellaten in zweyter Instanz anfangs Zeugen führen wollten, solches aber hernach unterließen: so ist jenes, daß die zwey Häuser in dem nemlichen Umfang liegen, und die Ländereyen untermengt sind, von der Appellantinn nicht bestritten worden. Es findet also hier das, was oben §. 10 am Ende von dem Argument ex vicinitate gesagt worden ist, seine Anwendung. Und es läßt sich wirklich, wie Appellaten anführen, nicht absehen, warum der eine Hof Lehn, der andere aber Eigenthum seyn sollte.

Zum

Zum sichern Beweis, daß die beyden bis jetzt separatim besessene Häuser zu Maspe Theile eines ehemaligen Ganzen gewesen sind, dienen die von der Appellantinn nicht widersprochene Umstände, daß die Vogtey, Jagd, Fischerey, Weide und Beholzigung beyden Häusern gemein, und daß sie zusammen als ein Ganzes in der Lippischen Rittermatrikel eingetragen seyen. Hieraus erhellt, daß nur Wohnung und Feldbau getheilt worden sind, daß sich jene Rechte (eben dieselben, womit die beyderseitigen Vorfahren beliehen worden,) über ein Ganzes erstrecken, welches nothwendig, da die dazu gehörigen Rechte mit verliehen worden, auch Lehn seyn mußte, und wovon also die beyden Häuser, denen diese Rechte zustehen, Theile und daher nothwendig auch beyde Lehen seyn müssen.

§. 90.

Alle diese Gründe zusammen genommen erheben nun wenigstens die Vermuthung fürs Lehn zu einer Wahrscheinlichkeit, die so lange als Gewißheit gelten, und der die sonstige allgemeine Vermuthung für das Eigenthum so lange weichen muß, bis letzteres unumstößlich erwiesen ist. Und hier tritt gewiß der Fall II. F. 41 ein: „Nisi apertis probationi-

tionibus femina ostenderit, non esse feudum, creditur masculo."

Diesen Beweis hat aber die Appellantinn nirgends geführt. Das Angeben, daß eine solche Theilung ehemals könnte vorgegangen seyn, nach welcher ein Theil das Leben, der andere das Allodium erhalten, beyde aber sich die jetzt noch gemeinschaftlichen Rechte vorbehalten hätten, ist nichts, als unbescheinigtes Angeben, welches doch, da es auf einem facto beruht, hätte erwiesen werden müssen. Auch ist schon gezeigt worden, daß, ehe noch getheilt war, kein Object zu einer Theilung zu Maspe war, das nicht Lehn gewesen wäre. Wenigstens hat Appellantinn das Gegentheil, oder auch nur, daß in der Folge Allodium dazu acquirirt worden wäre, darzuthun nicht vermogt. Es hätte also daraus kein Loostheil gemacht werden können.

Die Appellantinn hat zwar vorgegeben, daß der jetzt bestrittene Hof zu Maspe von ihrer Schwiegermutter eingebracht worden sey. Allein es ist solches durchaus mit nichts bescheinigt, und dadurch schon ganz unwahrscheinlich, weil ihr Schwiegervater ja sonst für sich zu Maspe nichts gehabt haben könnte. Es widerlegt sich auch durch die mittelst des Stammbaums bescheinigte Behauptung der Appellaten, daß jene Schwiegermutter

eine

eine gebohrne Friesenhausen von dem Unternhofe gewesen sey, welches von der Appellantinn nicht widersprochen worden ist. Wenn nun aber der Unterhof, wie appellantischer Seits behauptet wird, das Lehn seyn sollte, so konnte ja eine Tochter aus diesem Hause ihrem Manne nichts zubringen.

§. 91.

Obschon das bisherige zur Begründung der Intention der Appellaten schon genügt hätte, so haben sie doch den Beweis, daß der in Frage stehende Hof in specie Lehn sey, noch vollständig geführt. Bis zu den replicis in zweyter Instanz hatten sie behauptet, daß der von ihnen besessene Unterhof das Stammhaus wäre, von dem der Oberhof derivire. In den replicis aber nahmen sie diese Behauptung zurück, und stellten den Gegensatz auf, welchen sie mit den erhaltenen Archival-Urkunden zu erhärten suchten.

Aus dem Vertrag, den Hermann mit seines Bruders Johann beyden Söhnen, den Stammvätern der Appellaten sowohl, als des Mannes der Appellantinn, im J. 1582 errichtete, erhellt wirklich, daß vorher nur ein Haus zu Maspe gewesen seyn mußte, weil Hermann ein Wohnhaus für sich

sich erbauet hatte, und das mithin sein Bruder Johann das einzige vorhandene, welches eben deswegen kein anderes, als das in den Lehnbriefen genannte, seyn konnte, in der Theilung als der älteste Bruder erhalten haben mußte.

Allein eben dieses neu errichtete Haus, so wie das für seine Concubine und deren Kinder erbauete kleinere Haus erkannte Hermann, auf lehnbarem Grund und Boden errichtet zu seyn, indem er seines Bruders Söhne nicht als seine Intestaterben, die, wenn sie seine Erbschaft antreten würden, eben dadurch zu Bezahlung der Schulden verbunden gewesen wären, ansah. Er ließ sie nur in Rücksicht der in die Güter verwendeten Besserung eine bestimmte Summe von 250 Rthlr. mit einer an seine Concubine und deren Kinder zu entrichtenden Leibzucht, übernehmen, und übrigens alle Güter auf sie zurückfallen, auch seine Concubine und die mit ihr erzeugten Kinder ihre Leibzucht von ihnen zu Meyerrecht nehmen. Dabey protestirten seine Bruderssöhne gegen alle weitere etwa auf den Gütern contrahirte Schulden, welches ihnen nicht zugestanden hätte, wenn sie als Intestaterben, und nicht ex pacto & providentia majorum, hätten succediren wollen.

Hermann, dem es sichtbar Ernst war, für seine Concubine und mit ihr erzeugte Kinder, so viel es von ihm abhing, zu sorgen, hätte ihnen ja sein ganzes Vermögen vermachen können. Er würde es wohl auch, oder doch wenigstens die Leibzuchtsgüter und das Haus zu uneingeschränktem Eigenthum ihnen hinterlassen haben, und würde dazu, daß er sie ihnen blos zu einem von seines Bruders Söhnen relevirenden Meyerrecht übergab, seiner Neffen Einwilligung nicht gesucht haben, wenn das, was er besaß, sein freyes Eigenthum, und nicht vielmehr Lehn, gewesen wäre.

§. 92.

Es erhellt demnach aus diesem Vertrag unwidersprechlich: 1) daß zwar das Haus, welches Johann in der Theilung mit seinem Bruder Hermann erhalten hatte, das vorhin einzige, mithin das im Lehnbrief gedachte, Haus gewesen sey; daß aber 2), was Hermann in der Theilung an Länderenen oder sonsten bekommen hatte, vorhin zu dem einzigen Haus gehört haben und Lehn seyn mußte, weil er nichts besaß, was er nicht seinen Bruderssöhnen als Lehnsfolgern zu hinterlassen sich schuldig erachtete, und sie für die ins Lehn gewandte Besserungen und

die

die von ihm errichtete Gebäude (deren Werth sie den Allodialerben auch als Lehnssuccessoren zu ersetzen verbunden waren) nur mit einer verhältnißmäßigen Summe zu übernehmender Schulden beschwerte, und sie, statt der seiner Concubine uud seinen Kindern allenfalls zu reichen schuldigen Allimente, zu Verleihung der Leibzucht zu Meyerrecht vermogte; und sich 3) nur über seine fahrende Habe die Disposition bevorhielt, endlich 4) die Protestation seiner Neffen gegen alle weitere Schuldenübernehmung für so gegründet und wirksam anerkannte, daß er sich noch im J. 1587 reversirte, 50 fl. weiters contrahirte Schulden, in Gemäßheit jenes Vertrags, selbst zu bezahlen, ohne daß sie seinen Neffen zur Last fallen sollten, welches er nicht nöthig gehabt hätte, wenn sie blos seine Intestaterben gewesen wären.

§. 93.

Eben so sahen Herrmanns Neffen nach seinem Tode die Sache an, als sie sich über eine künftige Theilung verabredeten. Sie hielten ihres Oheims Verlassenschaft nicht für eine Erbschaft, sondern erklärten, daß dessen Güter ihnen angefallen, und wieder auf sie devolvirt wären, mithin für etwas, daß vorhin zu ihres Vaters oder Großva-

ters Gütern gehört und einen partem integrantem davon ausgemacht hatte, also, wie jene, Lehen gewesen seyn mußte. Nur nannten sie das von Hermann erbauete Haus, das Haus hier unten, das von ihrem Vater und ihnen selbst vorhin bewohnte aber das hier oben, worin also sichtbar der Ursprung der Benennung des Ober = und Unterhauses oder Hofes liegt.

Die damalige Theilung, nach welcher Christoph, der Appellaten Stammvater das obere, und Joachim, der Stammvater des Mannes der Appellantinn, das Unterhaus zum Wohnsitz nahm, war nur einstweilig, indem sie eine nach 7 Jahren vorzunehmende Umwechslung festsetzten. Das sie aber beyde Häuser als ein Ganzes ansahen, auf dem das Beholzigungsrecht, mit dem sie, so wie ihre Vorfahren, beliehen waren, haftete, ergibt sich daraus, daß der Besitzer des untern Hauses, welches Hermann erbauet gehabt hatte, solches zwar im Bau erhalten, dazu aber das Holz aus ihrem, also dem gemeinschaftlichen, Gehölze erhalten sollte.

In der Folge haben sie sich auch in Gemäßheit des Interimvertrags getheilt, und vermuthlich nach Verfluß der 7 Jahre Joachim das obere, und Christoph das untere Haus zum Wohnsitz angenommen, indem ein

ein Sohn des eben erwähnten Christophs, auch Christoph genannt, in einer bey der Lippischen Regierung im J. 1622 übergebenen Supplik von der jüngern Maspischen Linie des Unternhauses genannt wird, da dann also natürlich Joachim und dessen Nachkommen von der ältern Linie des Oberhauses seyn mußten. Wie nun aber der Appellantinn Mann, als der letzte vom Mannstamm seiner Linie, von diesem Joachim abstammte: so muß das von ihm besessene und hinterlassene Haus nothwendig das alte, vorhin einzige, im Gegensatz von dem von Hermann erbaueten sogenannte Oberhaus seyn, von welchem, daß es Lehn sey, in vorigen §§ dargethan worden ist.

Beyde Häuser zusammen aber machten das Lehn aus, da auch das neue auf dem fundo feudali erbauet war, und alles, was dazu gehörte, ein Theil des Ganzen von Johann vorhin allein besessenen und von 1466 an zu Lehn empfangenen complexus war, mit dem nun auch der jedesmalige älteste der Familie, er mogte von einer der Maspischen Linien, oder von der Bellischen seyn, für sich und die übrigen Vettern, wie die ganze Reihe der bis zu den neuesten Zeiten beygebrachten Lehnbriefe ausweist, beliehen wurde, und in dieser Hinsicht jedesmal den Lehnkasten oder die Lehnsscripturen

in seiner Verwahrung hatte, wie solche dann unbestrittenermaßen in den neuesten Zeiten von dem ultimo masculo der Bellischen Linie auf der Appellantinn Mann, und von diesem auf den ältesten der Appellaten gekommen sind.

§. 94.

Alle appellantische unbescheinigte Raisonnements können diese mit unbestrittenen Urkunden erwiesene Thatsachen, mithin auch die daraus natürlich gezogene Folge, nicht umstoßen. Jene Verträge reden freylich nicht ausdrücklich von Lehn und Lehnbarkeit; aber es folgt von selbst aus der Natur der Sache, von der sie handelten, und die Hermann durch sein Benehmen deutlich anerkannte, ohne daß dazu nöthig gewesen wäre, daß er der Lehnbarkeit namentlich Erwähnung gethan hätte.

Hermann sagt nicht, daß er das Haus, das er bewohne, nur restaurirt habe, vielmehr sagt er, daß er es erbauet habe. Daß es auch neu erbauet gewesen sey, läßt sich daher schließen, weil, obschon nach der Besichtigung, welche beyde Brüder Joachim und Christoph vornehmen ließen, die Gebäude auf den zwey Höfen fast gleich in gutem Stand befunden wurden, dennoch das von Hermann erbauete Haus um 500 Rthlr., welche

welche der künftige Besitzer desselben dem andern herausgeben solle, mehr werth geschätzt wurde. Daß aber eben dieses Haus nunmehr nach mehr als 200 Jahren alt aussieht, und älter, als das andere, welches der Appellantinn Schwiegervater, laut des Testaments ihres eigenen Mannes erbauet hat, ist sehr begreiflich. Und es folgt so wenig daraus, daß es das alte ursprüngliche Castrum seyn müsse, daß sich vielmehr daraus das Gegentheil ergibt, daß das in Frage stehende Haus im Anfange dieses Jahrhunderts schon hat neu erbauet werden müssen.

§. 95.

Der Umstand, daß ein Graben das Unterhaus umgebe, macht es wohl nicht zum Castro. Der aber, daß der Ohleyteich, der nach dem Vertrage von 1590 dem Besitzer des Oberhauses zum Aequivalent für den um das Unterhaus befindlichen Graben gegeben werden sollte, noch jetzt bey dem Unterhaus sey, sammt der daraus gezogenen Folge, daß also jene Theilung zwischen zwey Brüdern des nemlichen Unterhauses vorgegangen seyn müsse, ist wohl zu unerheblich, und widerspricht der ganzen Geschichte zu sehr, als daß er einige Rücksicht verdiente. Ganz recht sagen die Appellaten dagegen,

daß, wenn außer der Linie auf dem Oberhofe noch zwey auf dem Unterhofe abgetheilte gewesen wären, alsdann drey Linien, und eben so viele Häuser zu Maspe gewesen seyn müßten, welches doch selbst von der Appellantinn nicht habe behauptet werden können.

Um so gewisser aber ist das von dem Appellaten besessene Unterhaus das von Hermann erbauete, als das von ihm für seine Concubine errichtete kleinere Haus noch dermalen, wie von appellantischem Theil nicht hat verabredet werden können, in Gestalt eines Wirthshauses dabey stehet.

Bey allen diesen Umständen muß doch nothwendig, daß der Ohleyteich noch jetzt beym Unterhofe befindlich ist, ehender auf jede andere Art ausgelegt werden, als daß man allem übrigem so sehr widersprechende Folgen mit der Apellantinn daraus ziehen wollte.

§. 96.

Was die Appellantinn von einer investitura secundaria und primaria sagt, daß ihr Mann, wenn sein Hof Lehn gewesen wäre, sich hätte primario belehnen lassen müssen, und daß seine Belehnung, sein Seniorat, die Eintragung in die Lippische Rittermatrikel, sub generali nomine, nur

nur Beziehung auf dessen Anwartschaft auf den lehnbaren Unterhof und übrigen Friesenhausische Lehen gehabt habe, ist ganz unerheblich. Bey einer simultanea investitura, wie die ist, welche der Senior einer Familie für sich und namens der übrigen empfängt, findet dieser Unterschied gar nicht statt; sondern diese Investitur ist nur darin unterschieden, daß entweder alle Belehnte ein gleiches in condominia bestehendes, oder successives in der wechselseitigen Lehnfolge bestehendes Recht haben. Jene ist plena, diese eventualis conditionata. Wenn nun auch bey dieser gleich nicht der wirkliche Besitz und Genuß allen Mitbelehnten gemein wird, sondern nur einem bleibt, so hat es doch den effectum constituti possessorii, und sie kommen also in eine Art von compossessione saltem civili (Kreitmayer T. 5. c. 18. p. 1842). In so fern hat also keiner Rechte vor dem andern voraus, und der, der wirklich belehnt wird, wird so wenig primario belehnt, daß vielleicht der wirkliche Besitzer den Fall gar nicht erleben kann, daß er die Lehen selbst in Person empfange.

Wenn nun aber, wie Appellantinn sagt, die Investitur ihres Mannes nur in Beziehung auf die Anwartschaft geschehen wäre, so könnten die Appellaten dieses umkehren

und sagen, daß in den Fällen, wo einer von ihren Vorfahren als Senior der Familie die Lehen empfangen hätte, solches auch nur in Beziehung auf die Anwartschaft auf den Oberhof geschehen, ihr Unterhof aber nichts desto weniger Eigenthum wäre. Ein Schluß hätte wenigstens so viel für sich, als der andere.

Bey der evidentia facti zerfallen aber ohnehin alle diese ungegründete Behelfe. Wenn demnach gleich eben so wenig würde gezeigt werden können, daß der Unterhof der Appellaten Eigenthum wäre, wie diese zuletzt, jedoch wohl wahrscheinlich nur, um das Lächerliche der appellantischen Behauptung desto auffallender zu machen, vorgeben wollen: so ist doch das, daß der von der Appellantinn besessene Hof der ursprüngliche, ehemals einzige, mithin der in den Lehnbriefen genannte sey, für evident erwiesen zu halten.

§. 97.

Diesemnach ist nunmehr die Einwendung der Appellantinn, daß wenigstens das befragte Gut kein Mannlehn, sondern Weiberlehn sey, zu untersuchen.

Schon als mit den replicis in erster Instanz die Appellaten zwey Lehnbriefe, worin der Ausdruck: männliche Lehnsinteressen.

senten, vorkam, und ein Attestat des Paderbornischen Lehnhofs, daß derselbe keine andere, als Mannlehen, kenne, beygebracht hatten, antwortete die Apellantinn darauf in duplicis, daß die Zeugnisse des Lehnhofs wegen seines dabey habenden Interesse nichts bewiesen. Nun brachten die Appellaten in replicis zweyter Instanz die Urkunden bey, nach welchen nicht nur ihr Vorfahrer Christoph schon 1622 bekannt habe, daß alle Friesenhausische Güter zu Maspe Paderbornisches Lehn seyen, sondern auch gleiche Bekenntnisse von dem Großschwieger- und Schwiegervater der Appellantinn, auch ihrem eigenen Manne. Dem dann die Appellantinn in duplicis entgegensetzte, daß diese Bekenntnisse wegen des darunter von den Ausstellern intendirten Interesse als lucrativae und nur incidenter geschehen nichts erwiesen, und um so weniger das in ihres Mannes Testament, als derselbe sie nur zum Vortheil seiner Agnaten zu drucken gesucht, und bey seinem Testament nicht die Absicht, ein Lehnbekenntniß auszustellen, gehabt habe. Dies wiederholt sie in dem beym Kammergericht übergebenen Libell; und setzt nun hinzu, daß bey geistlichen Lehen die Vermuthung fürs Weiberlehn streite, Appellaten auch nicht zeigen könnten, daß eine femina jemalen ausgeschlossen, und das Gut mit deren

ren Vorbeygehung auf männliche Seitenverwandte gekommen sey. Appellaten brachten darauf in Exceptionibus die eigenen Ehepacten der Appellantinn nebst deren von ihr selbst nachgesuchten Confirmation, und die schon vorhin producirte Stammtafel, um damit die Vererbung des befragten Guts zu zeigen, und die ganze Reihe von Lehnbriefen, als eben so viele Bekenntnisse der damit investirten Vasallen. In replicis bemerkte Appellantinn, daß die ältern Lehnbriefe keiner Mannlehnbarkeit gedächten. Wogegen Appellaten in duplicis anführten, daß in den Lehnbriefen nicht von feminis, sondern nur von Lehnsvettern, und männlichen Lehnsinteressenten die Rede sey, daß der letzte vom Bellischen Mannsstamm drey Töchter gehabt habe, denen er gewiß prospicirt haben würde, wenn es in seiner Macht gestanden hätte; da auch auf dem in Frage stehenden Oberhofe immer masculi gewesen seyen, so habe die Ausschließung der Töchter durch Collateralen nicht zur Sprache kommen können.

§. 98.

Die Materie über die Vermuthung, welche ehender für Mannlehnbarkeit als Weiberlehn streitet, über die Erfordernisse, um diese allgemeine Vermuthung zu entkräften,

ten, und Bedeutung der in den Lehnbriefen verschiedenen desfalls enthaltenen Ausdrücke, ist oben §. 11 : 13 schon umständlich vorgekommen, so daß hier nur von der Anwendung jener Grundsätze auf den vorliegenden Fall die Rede zu seyn braucht.

In dem ältesten Lehnbriefe von 1466 wird blos Heinrich von Friesenhausen beliehen mit den Lehen, wie er und seine Vorfahren solche vom Stift und des Bischofs Vorfahren zu Lehn getragen und empfangen haben. Dieser Lehnbrief enthält also keinen Ausdruck, der für Mannlehn mehr als Weiberlehn entschiede. Aber eben daher ist nach allem vorhin ausgeführten die Vermuthung für das der Natur der Lehen angemessene, für das gewöhnlichere, für das Mannlehn, gegen das hier kein Wort einen Zweifel erregt; und Appellantinn spricht gegen alle lehnrechtliche Grundsätze, wenn sie daraus, daß nichts von einer Mannlehnbarkeit vorkomme, einen Grund für sich hernehmen will.

In den folgenden Lehnbriefen wird immer der älteste für sich und seine Vettern und Brüder, oder dieses oder jener hinterlassene Söhne beliehen; und das von allen Linien, wie dann Lehnträger aus den beyden Maspischen und aus der Bellischen vorkommen. Dies sind Ausdrücke, die die Weiber offen=

offenbar ausschließen, welche unter Söhnen, Brüdern und Vettern, nicht begriffen sind. Von diesem Fall sagt Ludolph in Symph. T. 1. consult. 44. p. 1338: „non minus verba ältester des Geschlechts, item Lehnsagnaten, tam successionem important, quam quod ea intelligatur secundum ordinariam feudi naturam de masculis. — In tali successione, ubi respectus est ad familiam, ad agnationem, ad familiae senioratum, haud venire queunt feminae, quae sunt familiae suae & agnationis caput & finis.“

Die Lehnbriefe von 1724 und 1732 unterscheiden sich von den vorigen darin, daß sie die merkwürdigen Ausdrücke hinzusetzen: und deren männliche Lehnsinteressenten, welche auch in dem durante lite 1765 dem ältesten der Appellaten als seniori familiae ertheilten Lehnbriefe enthalten sind. Diese Ausdrücke würden nun zwar an sich, wenn sonst noch ein Zweifel wäre, entscheidend seyn. Gleichwohl hat der Lehnhof mit deren Inserirung nicht weislich gehandelt, denn gerade dadurch hätte er Zweifel gegen die qualitatem propriam & masculinam seines Lehens erregen, und sich dadurch, wenn von den Vasallen ein Widerspruch erfolgt wäre, schaden können. Da indessen

augen=

augenfällig die Absicht des Lehnhofs dabey war, allein möglichen künftigen Zweifel vorzubeugen, die Vasallen auch diese Lehnbriefe ohne Widerspruch angenommen haben: so hat der Lehnhof seinen Endzweck vollkommen erreicht, und alle ohne hin nicht statt habende Zweifel entfernt. Sogar würde er hier, so wie er das dominium utile mit dem directo in 30 Jahren praescribendo consolidiren kann, auch die Mannlehnbarkeit haben präscribiren können, wenigstens vielen Schein für sich erworben haben.

Der Inhalt der Lehnbriefe, und deren verba dispositiva sind also der Intention der Beklagtinn auf keine Art günstig, sondern entscheiden völlig gegen sie.

§. 99.

Daß das befragte Gut von einer femina acquirirt, und diese zuerst damit belehnt worden sey, hat Appellantinn nicht einmal gesagt, viel weniger erwiesen. Zum Behuf der von ihr behaupteten Allodialität hat sie zwar vorgegeben, daß es von ihrer Schwiegermutter eingebracht worden sey, allein solches mit nichts bescheinigt.

Eben so wenig hat sie zu zeigen vermocht, daß jemals eine femina mit succedirt, oder auch nur collaterales ausgeschlossen habe.

Und

Und lächerlich ist es, daß sie, die hier doch alles beweisen muß, den Beweis des Gegentheils von Apellaten verlangt. Zufolge des Stammbaums hat es in ihres Mannes Linie vorhin schon Töchter gegeben. Diese haben aber nicht succedirt, weil ihr Mann sonst das Gut nicht hätte allein besitzen können. Der letzte Masculus der Bellischen Linie hatte nach eben dem Stammbaum zwey Schwestern; daß diese succedirt oder auch nur Anspruch auf die Lehns- oder Erbfolge gemacht hätten, und also nicht blos wegen anderer Allodial-Forderungen mit den Appellaten im Streit befangen seyen, wie diese behaupten, hat Appellantinn selbst nicht zu sagen getraut, da sie doch die darüber bey dem nemlichen judicio a quo verhandelten Acten hätte einsehen können, und, wenn etwas für sie Sachdienliches darin gewesen wäre, solches vorzubringen gewiß nicht verfehlt haben würde. Hieraus ergibt sich, daß nie eine succeſſio feminea, so wenig promiſcua als ſucceſſiva, in der Friesenhausischen Familie statt gehabt hat.

Wenn die Appellantinn, Mutter und Tochter, das Gut für Weiberlehn hielten, warum haben sie es beym Lehnhof nicht gemuthet, oder, was sie für einen Bescheid desfalls erhalten, beygebracht, oder gegen die den Appellaten ertheilte Belohnung protestirt?

stirt? Von allem dem constirt ex actis nicht das mindeste; und sie mußten doch alles das thun, wenn sie sich ihre Rechte nicht vergeben wollten.

§. 100.

Da ferner nach der oben §. 14 : 16 enthaltenen Ausführung eine allgemeine Vermuthung, daß die geistlichen Lehen Weiberlehen und sogar promiscua seyen, der Appellantinn nicht zur Seite stehet: so hätte sie es von Paderborn in specie darthun müssen, und zwar nicht blos, daß nach der Observanz des dortigen Lehnhofs die successio feminarum successive, sondern auch promiscua statt finde, indem, wenn nur ersteres wäre, sie, oder vielmehr ihre Tochter, nur dann succediren könnte, wenn der ganze Maspische Mannsstamm ausgestorben wäre.

Wie nun ein solcher Beweis zu führen sey, ist in Ludolfs Symph. T. 2. consult. 1. p. 20 seq. zu ersehen, wo es heißt: „Quia tamen contraria consuetudine aliud esse receptum aliqualiter praesumi possit in Germania, propter frequentiam talium consuetudinum; interim autem actricis seu Dominae directae (Es war die Abtissinn von Herforden) ab eaque investiti masculi intentio fundata

est in regula, quae a feudo feminam excludit, & hinc regulae inherendum est donec femina conventa exceptionem ostendat.“ Nun hatte dort die Beklagtinn ihre Einrede mit der Gewohnheit des Herfordischen Lehnhofs, und mit der besondern Beschaffenheit des in Frage gestandenen Guts erwiesen, und zwar in specie mit mehrern Lehnbriefen über andere Lehen, (wovon jedoch Ludolf sagt, daß dieses allein ihm zum Beweis nicht genügen würde, wozu vielmehr nöthig wäre, daß alle Lehen des Lehnhofes specificirt, und dann gezeigt würde, daß der größte Theil promiscua wären) sodann ferner war der Beweis mit Urtheilen und Bescheiden der Parium curiae, und damit daß die Herfordischen Lehen Zinslehen seyen, geführt worden.

Von allem dem, was demnach die Appellantinn hier hätte erweisen müssen, hat sie nicht das geringste geleistet. Sie hat nicht ein einziges Paderbornisches Lehn, welches Weiberlehn wäre, nur einmal genannt, da sie doch von dem größern Theil derselben hätte darthun müssen, daß sie Weiberlehen seyen. Ob vielleicht die Lippischen Lehen im Zweifel Weiberlehen seyen, und also davon auf das zwar Paderbornische, aber extra curtem im Lippischen Territorium gelegene,

Lehn ein Schluß zu ziehen sey; wie *Ludolf* l. c. p. 88 sagt: „quodsi diversa consuetudo sit loci, in quo feudum situm est, & curiae aut Domini, tunc in dubio consuetudo loci, in quo feudum situm, attendenda, & juxta hanc feudum regulandum.“ Davon hat Appellantinn gar nichts erwähnt, sondern sich blos auf die angebliche allgemeine Vermuthung von geistlichen Lehen gegründet.

§. 101.

Wie nun Appellantinn ihre Einrede mit nichts erwiesen hat, so verdiente sie eigentlich gar keine Rücksicht mehr, und Appellaten hätten nicht nöthig gehabt, derselben etwas weiter entgegen zu setzen. Indessen haben sie doch mehreres dagegen angeführt, und zwar zuerst ein Attestat vom Lehnhofe selbst, daß derselbe keine andere, als Mannlehen, erkenne, welches sie mit den replicis erster Instanz beybrachten, so aber die Appellantinn nicht hat anerkennen wollen, indem der Lehnhof zu sehr dabey interessirt sey. Darin mag sie nun wohl recht haben, und man würde auch hierauf keine sonderliche Rücksicht nehmen können. Dagegen constirt aber aliunde, daß die Paderbornischen Lehen keine Weiberlehen sind.

Diejenigen Curien, deren Lehen in der Regel für Weiberlehen geachtet werden, sind bekannt, und man findet sie beysammen im Moserischen Werke von der deutschen Lehnsverfassung im 3ten Buche. So wenig dorten aber, als sonst irgendwo, wird der Paderbornische Lehnhof darunter genannt. Vielmehr sagt Lünig in corp. jur. feud. germ. p. 1654 von Paderborn: „Dieses Hochstift hat einen ansehnlichen Lehnhof, und dependiren von demselben feuda regularia & pure masculina.“ Er fügt darauf einige Lehnbriefe bey, in denen keine Spur von qualitate promiscua ist, und setzt p. 1673 nochmal hinzu: „Es sind sonsten die feuda curiae episcopalis Paderbornensis pure masculina, und fallen nach Ausgang des Mannstamms dem Lehnherrn anheim.“ So findet sich ferner in Ludolfs Obs. T. 1. obs. 101. p. 254 ein Extract aus dem Paderbornischen Archiv eingerückt, worin 14 Fälle erwähnt sind, daß Lehen nach ausgegangenem Mannsstamm entweder ganz eingezogen, oder ex nova gratia anderweit verliehen worden. Hierauf beruft sich auch Cramer in den Nbst. Th. 65. p. 77, und nennt Th. 95. p. 16 Paderborn unter den Stiftern, deren Lehen Mannlehen seyen.

Ob die Lippischen Lehen Mann- oder Weiberlehen seyen, davon ist von beyden Thei=

Theilen nichts erwähnt worden. Indessen nach den Lippischen Lehenbriefen, welche bey den Acten sind, die aber andere Güter, besonders Belle, betreffen, zu schließen, sind auch diese Lehen Mannlehen, indem darin keine Spur von einer qualitate impropria, vielmehr der Ausdruck Erbmannlehn vorkommt, der dann doch, si aliunde de qualitate promiscua non constat, Mannlehn bedeuten muß. Es ist in diesen Lehnbriefen auch der älteste der Familie für seine Brüder und Vetter belehnt, daß demnach alles, was oben von diesem Fall gesagt worden ist, eintritt. Endlich ist der älteste der Appellaten, nach dem Tode des ultimi masculi von Belle, mit Uebergehung dessen hinterlassener Töchter beliehen worden. Die Mannlehnseigenschaft der Paderbornischen sowohl, als Lippischen, Lehen kann also für richtig angenommen werden.

§. 102.

Appellaten haben ferner den Einreden der Appellantinn die vielfältige in actis enthaltene Anerkenntnisse der Vorfahren ihres Mannes, desselben und ihre eigene entgegengesetzt. So erkannte im J. 1553 Johann, von dem sowohl der Appellantinn Mann, als die Appellaten herkommen, in ei-

einer den Lehnhof gegen die Grafen von der Lippe übergebenen Bittschrift das Haus zu Maspe mit allen Zubehörungen und Gerechtigkeiten, nichts ausgenommen, für Paderbornisches Lehn. Hierunter war, wie oben ausgeführt worden ist, das in Frage stehende Gut; und es wurde also auch solches als Lehn anerkannt. Wie auch der bisherigen Ausführung in den Lehnbriefen das obere Haus zu Maspe mit begriffen war, so enthalten die sämmtlichen Lehnbriefe, insonderheit diejenigen, nach denen einer der Vorfahren des Mannes der Appellantinn, als ältester der Familie für sich und die übrigen beliehen worden ist, eben so viele Anerkenntnisse der Lehnbarkeit des gedachten Oberhofes. Hierher gehören dann besonders die oben in facto §. 18. num. 4. u. 7 bemerkten Lehnbriefe, nach welchen Joachim vom Oberhofe, und Alexander Friedrich, der Appellantinn Großschwiegervater, auf diese Art belehnt worden sind. Daß Hermanns Vertrag mit seinen Brudersöhnen die Lehnseigenschaft der Maspischen Güter anerkenne, ist gleichfalls oben schon gezeigt worden. Ganz gerade erklärte aber Alexander Friedrich, der Appellantinn Großschwiegervater, in einer beym Grafen von der Lippe übergebenen Supplik, daß seine Güter entweder Paderbornisches, oder Lippisches

Lehen

Lehen seyen, und gründete darauf seine Weigerung, seiner Schwester einen dotem zu geben. Er wiederholte dieses Bekenntniß in einer fernern Supplik dahin, daß seine Güter überall Lehen seyen, wenn er vermög seines Lehneides nicht das geringste veräussern dürfe.

Der Schwiegervater der Appellantinn, der wegen Holzfällens von dem Besitzer von Belle verklagt worden war, setzte diesem entgegen, daß das gefällte Holz zu Erbauung eines Hauses bestimmt sey, woran ihn Kläger um so weniger hindern könne, als die Bellische Linie von der seinigen nur in so weit abgetheilt sey, daß nach einer oder der andern Ausgang deren Güter an die andere fielen, und beyde Häuser in eventum commun wären. Er erkannte also sein Gut für Lehn, und auch, da er ceteris paribus dem Kläger ein jus contradicendi nicht absprach, und dessen Succession nach Abgang seiner Linie anerkannte, zugleich für Mannlehn. So nennte auch der eigene Mann der Appellantinn in einer Schuldverschreibung seine Erben Lehnsfolger. Und die Appellantinn selbst hat in ihren eigenen Ehepacten, die sie unterschrieben, die Lehnbarkeit anerkannt. In derselben wird das jetzt befragte Gut das adliche Friesenhausische genannt; wenn auch gleich von Allodia-

lien mit Erwähnung geschieht, so wird doch wenigstens das eigentliche Gut dadurch für Lehn erklärt, daß ihr darauf von dem Successor, der, da sie selbst keinen Sohn hatte, ungeachtet sie schon lang in der Ehe lebte, indem die Ehepacten 10 Jahre vor ihres Mannes Tod errichtet wurden, von einer andern Linie seyn mußte, der Wittumssitz eingeräumt werden sollte. In dem 12ten §. aber wird das Gut ausdrücklich feudum genannt, und dessen Mannlehnbarkeit dadurch anerkannt, daß der Consens der nächsten Lehnsfolger, welche, im Fall die beyden Eheleute selbst keine männliche Erben hinterlassen sollten, auf dem Maspische Gute succediren würden, beygebracht werden sollte. Das nemliche Bekenntniß wiederholte der Mann der Appellantinn in der wenige Tage vor seinem Tod in Gegenwart seiner Frau errichteten Disposition, worin er seiner Tochter blos dotem aus den Lehngütern vermacht, und derselben den von den Lehnsfolgern zu entrichtenden Ersatz der von seinem Vater auf Erbauung des adlichen obern Hauses zu Maspe verwandten Kosten vorbehält.

§. 103.

Die Appellantinn sagt hiergegen, daß diese Bekenntnisse lucratoriae gewesen seyn.

Wie

Wie läßt sich aber das nur mit einigem Schein anführen, da die Sache dadurch deterioris conditionis, statt Eigenthum Lehn, statt Weiberlehn Mannlehn geworden ist? Eben so wenig ist zu vermuthen, daß jemand seine Tochter zu Gunsten entfernter Seitenverwandten verkürzen, und ihr ein sonst zukommendes Gut durch ein solches Bekenntniß werde entziehen wollen.

Wenn freylich einer, um sich gegen Gläubiger, oder Allodial-Successoren, zu schützen, etwas für Lehn anerkannt, so beweist dieses so viel nicht. *Ludolf* in Obs. T. 1. obs. 93 sagt: „Nobiles saepius confitentur res feudales, ut se tueantur contra feminas vel creditores; in ejusmodi autem controversiis certiores requiruntur & pleniores probationes.“ Und so ist es auch immer bedenklich, etwas, das mein Gegner in einer andern Streitsache gegen einen dritten zu einem andern Endzweck geäußert hat, als ein gerichtliches Bekenntniß anzuführen. „In feudalis qualitatis probatione requiruntur probationes clarae & directo concludentes, non vero conclusiones confessionum in aliis actis contra alias personas ad finem diversum;“ sagt Ludolf in Symph. T. 2. consult. 7. p. 377 & vid. Struben Nbst. Th. 3. Abh. 17. p. 247.

 Als

Als solche eben nicht vollständig beweisende Bekenntnisse kann man dann allenfalls diejenigen ansehen, da der Alexander Friedrich des Lehnshofs Hülfe gegen Lippe implorirte, oder der Schwiegervater der Appellantinn sich gegen die Klage des Vetters von Belle mit der ins Lehn geschehenen Verwendung schützte, oder seiner Schwester den dotem verweigerte.

Allein Lehnbriefe enthalten allerdings ein Bekenntniß, das die Allodialerben dessen, der den Lehnbrief angenommen hat, nicht anfechten dürfen, sagt Struben in den Nbst. Th. 3. Abh. 17. p. 241; und *Berger* consil. 943. p. 925 führt aus, quod qualitas feudalis ex literis investiturae apparens stringat etiam defuncti heredes allodiales, indem, wie er sagt, er Landerbe desjenigen facta, von welchem er einen Vortheil zu ziehen vermeynet, zu prästiren gehalten sey, also die Lehnbriefe, die der defunctus approbirt habe, auch wider sich gelten lassen, und was jener für Lehen ausgegeben habe, dafür passiren lassen müsse.

Nun sind zwey Lehnbriefe vorhanden, von 1724 und 1732, in welchen namentlich für der Appellantinn Mann das Lehn empfangen worden ist, welche also dessen Tochter, deren Rechte Appellantinn Anfangs vertreten

treten hat, und die jetzt nach der Mutter Tod den appellantischen Theil ausmacht, als ein Bekenntniß gegen sich gelten lassen muß, da sie ihren Vater als Allodialerbinn erben will. Wenn ihr Vater auch gleich nicht in Person, sondern per seniorem familiae beliehen worden ist, so hat er diesem doch die Vollmacht dazu gegeben haben müssen. Eben so muß sie auch das für Lehn passiren lassen, was ihr Vater sonsten dafür ausgegeben hat, wie in der Schuldverschreibung, in den Ehepacten, und in seinem Testamente geschehen ist. *Kreitmayer* T. 5. c. 18. §. 59. n. 3.

Da die jetzige Appellantinn es bey der Erklärung ihres Vaters belassen muß, so konnte ihre Mutter noch weniger einwenden, deren eigenes Bekenntniß zugleich die von ihr unterschriebene Ehepacten enthalten, deren Gültigkeit sie wenigstens durch ihre darauf gegründete Forderungen, wie unten vorkommt, anerkannt hat. Auch war sie bey der Errichtung der letzten Willens-Disposition ihres Mannes, die blos ihren Wittum und den dotem der Tochter zum Gegenstand hat, gegenwärtig. Wie konnte sie nachher sagen, daß ihr Mann nur sie zum Vortheil der Agnaten habe drucken wollen, da sie selbst diese Rechte in den Ehepacten

pacten anerkannt hat, und das Testament mit diesen überstimmt!

Diese Bekenntnisse sind nicht gegen den Lehnherrn geschehen, oder es sind auch nicht dritte, gegen die sie gebraucht werden, sondern solche, für die sie verbindlich sind. Sie sind auch nicht incidenter, etwa in einer andern Sache, sondern da geschehen, wo das ganze Geschäft dadurch seine Richtung bekam, und würden gewiß anders eingerichtet worden seyn, wenn jenes anerkannte Verhältniß nicht im Weeg gestanden wäre. So überflüßig nun auch noch dieser per proprias confessiones geführte Beweis an sich gewesen wäre, so setzt er doch dem Ganzen vollends noch die Krone auf, und erhebt es über allen Widerspruch.

§. 104.

Zum Beschluß der Einwendungen contra actionem ipsam oder deren fundamentum ist nun noch die exceptio deficientis legitimationis ad causam nachzuholen. Man könnte denken, daß sie vor allen anderen, oder gar vor Untersuchung der Klage, hätte erörtert werden sollen, da diese Einrede nach *Kreitmayer* ad Cod. jud. Bav. c. 6. §. 2. lit. c eigentlich ad dilatorias gehört. Allein Appellantinn hat sie selbst nicht

nicht in vim dilatoriae, sondern erst in duplicis erster Instanz, nachdem sie bereits in exceptionibus litem negative contestirt gehabt hatte, vorgebracht. Man kann also um so mehr erst hier davon reden, als ohnehin Appellantinn als Beklagte, nach bekannten Reichsgesetzen, alle ihre Einreden, mithin um so gewisser eine exceptionem dilatoriam, in primo termino hätte beybringen sollen, so daß also, wenn sie auch gegründet wäre, noch die Frage seyn würde, ob sie in duplicis noch statt gehabt hätte.

Diese Einrede gründet Appellantinn darauf, daß ihr Schwiegervater noch drey Brüder gehabt habe, von welchen also die Appellaten, wenn auch das Gut Mannlehn wäre, ausgeschlossen würden. Die Gegentheile sagen in einem Oval-Receß hierauf, daß diese Einrede in duplicis nicht mehr statt habe, überhaupt de jure tertii sey, und daß sie in dem erhaltenen Lehnbriefe als die nächsten Agnaten anerkannt seyen. In der Folge (nachdem ihnen das Urtheil erster Instanz den Beweis, daß sie die nächsten einzigen Lehnfolger wären, aufgegeben, auch Appellantinn auf ihrer Einrede bestand, und noch in dem jetzigen appellatorio eine Beschwerde daraus macht, daß auf jene Exception keine Rücksicht genommen worden

seyn)

sey) setzen Appellaten hinzu, daß jene angebliche nähere Agnaten schon in den letzteren Lehnbriefen nicht mehr genannt worden wären.

Daß die befragte Einrede de jure tertii sey, kann nun wohl nicht gesagt werden in der Meynung nemlich, daß sie deswegen wegfalle. Denn da sie das ganze jus agendi der Appellaten über den Haufen werfen würde, wenn sie gegründet wäre, so macht sie eine Ausnahme von der Regel, nach der sonsten dem Beklagten keine exceptio de jure tertii zusteht. *Zanger* de except. P. 3. c. 26. n. 235. Daß dies besonders bey der rei vindicatione, das ist, bey der in vorliegender Sache angestellten Klage, eintrete, führt *Kreitmayer* l. c. c. 6. §. 5. lit. c aus.

§. 105.

Eigentlich hätten demnach Appellaten beweisen müssen, daß jene drey Vatersbrüder des letzten Vasallen, deren wenigstens ehemalige Existenz der von ihnen selbst producirte Stammbaum ausweiset, gestorben seyen. Allein aus den Lehnbriefen ergibt sich doch wirklich ihre dermalige Nicht-Existenz. Noch in dem Lehnbriefe von 1691 werden neben dem Johann Friedrich, Schwiegervater der Appellantinn, nicht nur drey, sondern

dern vier Brüder genennt, wie auch, daß er so viele gehabt habe, der Stammbaum ausweist, nemlich Joachim Jürgen, Philipp Moriz, Simon Jobst, und Rabe Moriz. Im Lehnbriefe von 1724 werden nebst dem Mann der Appellantinn nur noch zwey von dessen Vaters Brüdern genannt, nemlich Simon Jobst und Rabe Moriz. Diese beyden lebten auch noch im J. 1732 nach dem damals ausgestellten Lehnbriefe. Allein in dem Lippischen Lehnbriefe über Belle von 1743 werden sie nicht mehr, sondern von der Maspischen Linie des Oberhofes der Appellantinn Mann allein genannt; wie sie denn auch in den 1764 von Lippe und 1765 von Paderborn ertheilten Lehnbriefen nicht mehr vorkommen. Diese letztere können auch deswegen als ein förmliches Attestat, daß keiner der Vatersbrüder des letzten Vasallen mehr am Leben sey, gelten, weil darin der älteste der Appellaten als senior der Familie anerkannt ist, welches nicht hätte geschehen können, wenn noch ein älterer und näherer Verwandter am Leben wäre.

Zu allem Ueberfluß aber dient noch der Umstand, daß der Appellantinn Mann, nach dem Tode des letzten Vasallen von der Bellischen Linie als gewesenen senioris und Lehnträgers, in diese Function eintrat, und nicht nur in dieser Eigenschaft die Lehen zu Pader-

born

born muthete, sondern auch den sogenannten Lehnkasten zu sich nahm, den Appellantinn selbst in der Folge nach dem Tode ihres Mannes dem zweyten appellatischen Bruder übergab, der ihn in Gegenwart von Notarius und Zeugen, namens seines ältesten Bruders als senioris und Lehnträgers, in Empfang nahm. War also der Appellantinn Mann senior der Familie, so konnte keiner seiner Vaterbrüder mehr am Leben seyn; und wäre nach angestellter Klage noch einer am Leben gewesen, so hätte Appellantinn diesem als seniori familiae, und nicht dem ältesten der Appellaten, den Lehnkasten übergeben können.

Diese Umstände beweisen eben so viel, als wenn selbst die Todtenscheine der drey erwähnten Brüder producirt wären.

§. 106.

Dermalen aber müssen sie auch noch weit mehr, als zur Zeit der Klage, für todt gehalten werden, da sie 1691 nach dem damaligen Lehnbriefe gelebt haben, mithin jetzt wenigstens 100 Jahre alt seyn müßten, welches nach l. 56. ff. de usufr. finis vitae longaevae hominis ist. Da aber nach der in praxi angenommenen Meynung ein abwesender deficientibus aliis probationibus

dus schon nach siebenzig Jahren als todt vermuthet wird (*Lauterbach* in Coll. lib. 5. tit. 3. §. 24): so würden diese Vaters Brüder des appellantischen Mannes im J. 1769, wo Appellantinn in duplicis diese Einrede vorbrachte, schon als todt zu präsumiren gewesen seyn, ja schon 1760, als die Appellaten zuerst als Lehnssuccessoren auftraten.

Daß die Verfasser des Urtheils erster Instanz als extranei auf diese Einrede besondere Rücksicht genommen haben, ist allenfalls nicht zu verwundern. Da aber das Landescollegium, das zugleich den Lehnhof vorstellt, mithin von der Zahl und dem Alter seiner untergebenen Vasallen und Eingesessenen gewiß unterrichtet ist, in dem von ihm selbst abgefaßten Urtheil zweyter Instanz darauf nicht geachtet hat: so ist auch dieses ein Beweis mehr gegen diese Einrede, die dann nach allen vorgekommenen Gründen für unstatthaft zu halten ist.

§. 107.

Nachdem nun Appellaten als Kläger durch Producirung der Lehnbriefe und anderer Urkunden die Lehnbarkeit des von ihnen angesprochenen und von der Appellantinn als Beklagtinn besessenen Guts sowohl, als dessen qualitatem feudi masculini, und daß

sie die nächsten einzigen Lehnfolger dazu seyen, dargethan haben, die hingegen von beklagter Seite als gegen das Fundament der Action in mehrerm Betrachte opponirten exceptiones non competentis actionis und deficientis legitimationis ad causam unstatthaft, und von Klägern hinlänglich beseitigt sind: so ist die angestellte Action, oder rei vindicatio utilis, für erwiesen anzunehmen.

Es fragt sich nun: ob nicht ferner von beklagter Seite noch peremtorische Einreden opponirt seyen, wodurch die an sich zwar competirende und erwiesene Action elidirt worden wäre? Schon in erster Instanz hat beklagte Appellantinn von ihren Illaten, ihrem vidualitio, und dem dote ihrer Tochter Erwähnung gethan; und Appellaten wollten damals sich darauf vor Abtretung des Lehns nicht einlassen, sondern behaupteten, daß Beklagte desfalls sich mit einer von ihnen zu leistenden Caution begnügen müsse. In der zweyten Instanz kam davon, da Beklagte durch das erste Urtheil im Besitz geschützt war, nicht vieles vor. Durch das Urtheil zweyter Instanz aber glaubt Appellantinn ihr Retentionsrecht verworfen, und sich mit ihren Gegenforderungen ad separatum verwiesen, und formirt hieraus in ihrem am Kammergerichte übergebenen Gravatorial-Libell

die fünfte Beschwerde. Sie sagt auch in replicis, daß, wenn gleich das in Frage stehende Gut Lehn wäre, ihr doch der Wittum und ihrer Tochter dos gebühre. Aus dem allem erhellt, daß beklagte Appellantinn in dem Fall, daß die klägerische Action für gegründet angenommen werden sollte, auf ein ihr competirendes jus retentionis sich beruft. Wie ist nun diese Berufung auf ein jus retentionis eigentlich zu nennen?

§. 108.

Wenn man unter Exception das versteht, wodurch eine intentirte Action eligirt wird, so ist die Retention keine Exception. Sie setzt actionem nicht nur probatam voraus, sondern elidirt sie auch nicht, vielmehr differirt sie nur die Wirkung. „Est dilatoria, quae etiam temporalis dici potest, quae ad tempus tantum creditori inservit;“ sagt *Strauch* de jure retentionis th. 4. nota V. Indessen kann man sie doch zu den Exceptionen rechnen, und ihr auch diesen Namen geben. *Zanger* de except. P. 3. c. 13. n. 25 sagt davon: „quippe quae species est defensionis atque exceptionis, qua intendimus defendere rem, quam tenemus, donec nobis de debito vel jure nostro satisfiat.“

fiat." Der eben allegirte *Strauch* th. 3. n. I. sagt zwar: „per detentionem hanc quidquam dominii in ista re non consequitur detentor, cum fiat non propterea, ut dominium rei acquiratur, sed in securitatem solutionis. Minus recte igitur adscribitur per exceptionem jus retentionis tanquam per genus angustius." Da aber, wo er sie in ihre species eintheilt th. 4, nemlich in dilatoriam & peremtoriam, juris & facti, sagt er in der nota K: „assimilatur enim in hoc exceptionibus;" und th. 4. n. V: „est retentio species exceptionis, quam majore aequitate niti quam actionem patet." In den Gesetzen selbst wird die Retention also genannt; so heißt es in l. 29 C. de jure dotium: „si mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas pro dote . . . . tenere, mariti res ei tenenti, & super his ad judicium vocatae, *exceptionis* praesidium ad expellendum ex hypotheca secundum creditorem praestamus." Um so mehr kann man sie also exceptionem nennen, als sie wirklich eine Art von Compensation ist.

Man kann also sagen, daß Appellantinn nicht zwar ad elidendam actionem, doch ad suspendendum vel differendum ejus effectum, exceptionem retentionis

nis eingewandt habe, zumal dieses die einzige von ihr vorgebrachte elisorische Einrede ist.

§. 109.

Es steht also nun zu untersuchen, ob der Appellantinn ein jus retentionis zugestanden habe? Sie fordert 1) ihre illata, 2) vidualitium, 3) dotem für ihre Tochter, 4) Meliorationen, 5) das vom Lehn zu separirende Allodium.

Zuerst also von den illatis. Dos sowohl als paraphernalia uxoris in feudum illata & in illud versa gehören allerdings zu den debitis feudalibus, welche das Lehn principaliter und primario afficiren, und a quibuscunque successoribus der Wittib oder deren Kindern oder Erben ersetzt werden müssen, denen auch desfalls ein jus retentionis zusteht, wenn nemlich die illatio liquida oder brevi liquida fieri potest. *Möller* in dist. feud. c. 21. dist. 6, auch *Stryk* in Exerc. jur. feud. c. 21. qu. 10, und *Coccejus* in Diss. jur. feud. de obligat. success. ex facto antecess. th. 5, in Exerc. curios. diss. 62. Da, wo er von der praestatione dotalitii spricht, setzt er hinzu: „modo dos revera sit illata ac versa in feudi utilitatem.“ *Ludolf* in Symph. T. 1. consult. 44 p. 1363 sagt

„unico saltem casu etiam feuda hoc afficerentur nomine, si quidquam ex istis illatis & respective maternis bonis in feudorum utilitatem esset versum;" welches er T. 2. consult. 11. p. 604 wiederholt, und p. 912 hinzusetzt: „& quidem ea tam filiae quam viduae retentio bonorum in genere omnium feudalium & allodialium fit primo eo usque, donec de qualitate bonorum, num sint allodialia vel feudalia, an feuda sint hereditaria vel ex pacto & providentia, utrum allodialia sint sufficientia vel non? debite fuerit cognitum; qua cognitione praevia, si allodialia oneribus sufficiant, feuda ab omni eo onere liberanda sunt, nisi quatenus quid in feudorum utilitatem fuerit versum."

§. 110.

Wendet man nun diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so enthalten zwar die zwischen der Appellantinn und ihrem Mann, dem letzten Vasallen, geschlossene Ehepacten, daß sie an illatis 3000 Rthlr. oder 4500 fl. einbringe, und zu Abführung der auf dem Gut haftenden Schulden theils schon verwandt habe, theils noch verwenden werde, weswegen dann, wenn sie gänzlich

dazu verwandt seyn würden, die gesammten Güter ihr dafür haften sollen, und der künftige Lehnsfolger ihr diese illata wieder erstatten müsse. Auch in dem oft vorgekommenen Testamente sagt der letzte Vasall, daß seine Frau laut der Ehepacten 4000 fl. baar eingebracht und zu Abzahlung der Lehnschulden verwandt habe, und wiederholt daher die oben gedachte Verordnung der Ehepacten.

Ob und was nun an diesen 3000 Rthl., wie es an einem, oder 4000 fl., wie es am andern Orte heißt, dos oder paraphernalia gewesen sey, ist nicht zu ersehen, vielmehr wird alles ohne Unterschied in den Ehepacten mit dem allgemeinen Namen illata benennt. Es fragt sich aber: ob mit diesen beyden Urkunden die Inferirung und Verwendung wirklich erwiesen sey?

Es ist nicht einmal die Appellantinn selbst, welche dieselbe zum Beweis ihrer Gegenforderungen producirt hat, sondern Appellaten haben sie zum Beweis der Lehnbarkeit, als eigene Bekenntnisse der Appellantinn, sub protestatione jedoch, keines von beyden wegen abgehenden Consenses des Lehnherrn und der Agnaten anerkennen zu wollen, beygebracht. Mithin hat Appellantinn selbst für sich nichts zum Beweise, wenn

er auch damit geführt wäre, beygetragen.

Ob die Verwendung der illatorum alsdann vermuthet werde, wenn die Inserirung erwiesen sey? darüber sind die Rechtslehrer nicht einig. Verschiedene bejahen es, z. B. *Stryk* in Exerc. jur. feud. c. 21. *Struv* in Synt. jur. feud. c. 14. §. 15. Hingegen sagt *Puffendorf* in Obs. T. 1. obs. 239: „sed verius est, versionem in feudum probandam esse, neque ex sola illatione eam praesumi. Nulla enim idonea intelligitur ratio, cur ex sola illatione in feudum versio praesumatur, & hoc si admittatur, eveniet, ut in arbitrio possessoris sit, feudum onerare. Plane exactam probationem in re hac difficili requirendam esse utique dixeris, sed demonstratio merito recipienda est, praesertim quia dotium quoque magnus favor est."

§. 111.

Darin kommen wenigstens gewiß alle Rechtslehrer überein, daß die illatio selbst vor allen Dingen vollständig dergestallt erwiesen seyn müsse, daß daran kein Zweifel sey. Quid requiritur, ut uxor consequatur dotem? fragt *Stryk* in Exerc jur. feud.

feud. c. 21. qu. 11, und antwortet: dotis illato realis. Zu dessen Beweis hat aber Appellantinn nichts beygebracht, sondern sich nur auf die von Appellaten producirte beyde Urkunden, die sie doch in der Absicht, in welcher sie beygebracht worden sind, nicht hat gelten lassen wollen, berufen. Allein diese bestimmen nicht einmal eine gewisse Summe, die Ehepacten sprechen von 3000 Rthlr. oder 4500 fl., das Testament aber von 4000 fl. Sodann enthalten sie nichts, als das Bekenntniß des Mannes selbst. Ad probandam illationem vero sola confessio mariti non sufficit, sagt *Stryk* an dem letzt angef. O. Gegen ein solches Geständniß steht selbst dem Manne exceptio non num. pec. nach l. 3. C. de dote cauta non numerata zu, wo *cauta* soviel als confessata bedeutet (*Lauterbach* in Coll. L. 23. T. 3. §. 7); wie vielmehr also dritten. Die Illation muß daher noch besonders durch Quitungen oder sonsten erwiesen werden.

In l. 1. C. de dote cauta non num. heißt es: „dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit; & ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa datam probatura es.“ Eben dieses gilt auch nach *Kreitmayer* T. 1. c. 6.

§. 24. n. 7 von den Paraphermalien. Dieser Author glaubt jedoch an eben dem Orte, daß die exceptio non numeratae dotis alsdann nicht statt habe, wenn die Ehepacten erst nach der Copulation durante matrimonio errichtet wären, cum hic cesset praesumtio facilitatis, qua maritus potiundae sponsae causa censetur profiteri. Dies wäre nun in gegenwärtiger Sache der Fall um so mehr, als das Bekenntniß nachher im Testament wiederholt worden ist. Gleichwohl setzt *Kreitmayer* all. l. am Ende hinzu: wer einer Frauensperson recht vorgesehen wissen wolle, der thue klug, wenn er über alle illata, zumal wenn sie von Importanz seyen, eine Specification mache, und den Empfang derselben nicht nur von dem Ehemann selbst, sondern auch von Zeugen mit unterschreiben lasse, welches auch bey illustribus nach Mosers Staatsrecht T. 20. p. 241, §. 22 gemeiniglich geschehe.

Aus allem dem ergibt sich wenigstens so viel, daß in vorliegendem Fall die illata selbst noch nicht außer allem Zweifel sind, mithin die Versio in feudum um so weniger vermuthet werden könne.

Hätte es ferner auch seine Richtigkeit, daß mit den illatis Schulden bezahlt worden seyen, so müßte jedoch erwiesen werden, daß dies

dieses Lehnsschulden, nemlich solche gewesen wären, die die Lehnsfolger hätten bezahlen müssen. Davon constirt aber nicht; und der agnatische Consens, der nach den Ehepacten hätte beygebracht werden sollen, ist nicht erfolgt, wie die Appellaten, ohne daß es widersprochen worden ist, behauptet haben.

Es ist demnach die Forderung der Appellantinn für nichts anders, als sehr illiquid anzusehen.

§. 112.

Ob nun aber zu Ausübung des juris retentionis causa liquida erfordert werde? darüber sind die Rechtslehrer, wie *Kreitmayer* T. 4. C. 15. §. 2. n. 4. p. 1741 anführt, streitig. *Mevius* aber P. 2. Dec. 15. nota 8 sagt: „retentio rei alienae odiosa est, ideo ei locus minime est, nisi causa retinentis justa & simul apparens est;" und in der folgenden Dec. 16 führt er aus, daß propter illiquidum altiorem indapinem requirens solche per praestationem cautionis vermieden werde; welches er P. 2. Dec. 369 wiederholt.

Nach dieser Meynung ist auch am kaiserlichen Kammergerichte oft gesprochen worden, wie die praejudicia bey Cramer in Obs. T. 1. obs. 370 p. 806, T. 2. obs.

obs. 463. p. 60, und in dessen Beyträgen p. 4 und 182 ausweisen. Ferner führt Cramer in Obs. T. 4. obs. 1153. p. 468 an, daß einer Wittib probata etiam illatione dotis die Retention dennoch nur in so fern zustehe, daß sie den dotem an den genossenen Früchten bey der ihr obliegenden Berechnung abziehen dürfe.

Wenn demnach appellantischer Theil in der Folge die illata besser, als geschehen, darthun kann, so bleibt solchem, an den zu restituirenden fructibus immer noch das Retentionsrecht auszuüben, bevor. Die dermalige Berufung auf ein jus retentionis aber kann nicht statt finden, sondern die Appellaten müssen mit der Caution zugelassen werden, sohin ist sententia a qua auch in hoc puncto zu confirmiren. Sogar würde das vorige Urtheil dahin abzuändern seyn, daß man von dem der Appellantinn binnen 4 Wochen zu führen vorbehaltenen Beweis, den sie billig in der jetzigen Instanz hätte führen können und sollen, abstrahirte, und sie simpliciter ad separatum verwiese, wenn nicht Appellaten die sententiam a qua ihrer Seits hätten rechtskräftig werden lassen, und die probatio illationis & versionis in feudum nebst der sodann darauf gegründeten Retention, als species com-

compensationis, nicht in ipsa execu-
tione noch statt hätte.

§. 113.

Die andere Forderung, welche Ap-
pellantinn aufstellt, und wegen der sie eine
Retention ausüben will, ist vidualitium,
Wittum. Dotalitium est, quod respe-
ctu ad dotem illatam praestatur, vidua-
litium, quod sine intuitu dotis in sola-
tium viduitatis constitutum est; Leibge-
ding illud, hoc Wittum dicitur; sagt
Möller in Dist. c. 21. dist. 8. „Est au-
tem in arbitrio viduae, dotalitium pe-
tere vel apprehendere, an vero dotem
repetere; prius si eligat, dos apud suc-
cessoras feudi manet;“ heißt es bey
Struv in Synt. jur. feud. c. 14. §. 15.
Beydes zugleich also kann nicht verlangt
werden, welches auch *Cramer* in Obs. T. 2.
obs. 744 mit einem kammergerichtlichen
praejudicio bestättigt.

Wenn nun gleich für richtig angenom-
men werden kann, wie *Moser* im Familien-
Staatsrechte P. 2. c. 16. §. 53 ausführt,
daß viduis illustribus & nobilibus ein
Wittum gebühre, wenn sie auch nichts in-
ferirt haben; so ist es doch noch eine quae-
stio altioris indaginis, ob sie alsdann noch
einen

einen besondern Wittum fordern können, wenn sie ihren dotem zurückverlangen, und ob in einem solchen Fall, wenn der Mann die Zurückerstattung des dotis verordnet, er dennoch seiner Frau ohne Einwilligung des Lehnherrn und der Agnaten (wie hier, da zwar der agnatische Consens vorbehalten, aber nicht beygebracht worden ist) noch einen Wittum verschreiben, und aufs Lehn constituiren könne.

Es ist alsdann der Fall, als ob die Frau gar nichts zugebracht hätte; und von dem sagt Moser a. a. O.: „so kann freylich nach der Schärfe der Rechte den Landessuccessoren nichts aufgebürdet werden, wenigstens kommt es alsdann nicht auf den Mann an, den Wittum zu bestimmen, oder auf die Frau, was sie fordern wolle, sondern auf die Billigkeit der Agnaten oder des Richters." Idem l. c. §. 56: „Der Wittum ist species alimentorum, die aber eine Frau, welche ohnehin zu leben hat, nicht wenigstens der Strenge nach nicht fordern kann." Daher auch der Wittum aufhört, wenn eine Wittib anderwärts wieder heyrathet, nicht aber das dotalitium, wie der H. K. Gts = Assessor von Globig in comment. de rebus dubiis in jure feud. obs. 20. p. 155 seq. ausführt, und von dem vidualitio insonderheit sagt: quod non

non a stricto jure, sed mera aequitate profluat, quippe nihil aliut sit, quam alimenta, und *Lynker* vol. 1. resp. 145, und *Kress* de jure femin. illustr. §. 16 anführt. Er sagt ferner: „cumque ex sola aequitate profluat, ut condigne se exhibere vidua possit, aliis exuta adminiculis, consequitur, eidem dari ex feudo, in subsidium cum allodio destituitur, ad dignitatem mariti tuendam, eatenus saltem ex fructibus solvendo teneri successorem singularem feudi, & tunc quidem ex aequo & bono aestimandum esse quantum opus sit viduae ad alimenta.“

Bey diesen Umständen, da eines Theils noch nicht erwiesen ist, ob Appellantinn einen dotem inferirt und ins Lehn verwandt habe, andern Theils aber sie denselben zurückverlangt: so ist wenigstens, ob sie demungeachtet einen Wittum verlangen könne, so ausgemacht nicht, daß sie desfalls auf ein jus retentionis Anspruch machen könnte. Es kann das verlangte Vidualitium aber nunmehr auch um so weniger die Restitution des Lehns aufhalten, als die Wittib dasselbe bis an ihren Tod genossen, auch die Zinsen dafür bezogen, mithin effective ein dotalitium gehabt hat, wovon bey Berechnung der fructuum die Rede seyn wird.

Soll-

Sollten nemlich die Einkünfte des Lehns nicht mehr betragen haben, als die Zinsen ihrer erweislichen Illaten: so werden ihre Erben diese Illaten, ohne die fructus daran abziehen zu lassen, zurückfordern können. Anders aber im entgegengesetzten Fall, wie H. von Globig l. c. p. 156 ausführt.

§. 114.

Das dritte caput retentionis soll der dos der Tochter des letzten Vasallen, oder der dermaligen Appellantinn seyn, den der Vater in seinem letzten Willen auf 1000 Rthlr. bestimmt hat. Inter ea debita, quae quidam feudalia natura talia, tamen subsidiaria sunt, venit dos filiabus vel sororibus vasalli nupturientibus, & alimenta innuptis praestanda, quae peti debent primum ab heredibus allodialibus (*Möller* Dist. feud. c. 21. dist. 3. *Struv* Synt. jur. feud. c. 14. §. 17). Agnatum non obligat patris in dotatione placitum, sagt *Mevius* P. 2. decis. 119, und P. 3. decis. 363: feudi onus dos filiarum vasalli habetur, sed per jus commune non aliter, quam si ei praestandae hereditas non sufficiat. Womit *Ludolf* in Symph. T. 2. consult. 11. p. 612 seq. übereinstimmt. Auch *Cramer* in

in Obſ. T. 2. obſ. 613 beſtättigt ſolches mit einem kammergerichtlichen praejudicio.

Wie nun in vorliegendem Fall der Conſens der Agnaten bey der vom letzten Vaſallen gemachten Verordnung abgeht, inſufficientia allodii nicht nur nicht erwieſen iſt, vielmehr die dermalige Appellantinn als Erbinn ihrer Mutter ein Anſehnliches an illatis zurückfordert, auch von väterlichem allodio die Rede iſt, indem der Vater in den Ehepacten von der legitima und von acquiſitis ſpricht, auch Baukoſten der Tochter reſtituirt haben will: ſo iſt ſie von den Lehnsfolgern gar einen dotem zurückzufordern nicht befugt, viel weniger ſteht ihr diesfalls ein jus retentionis zu.

§. 115.

Das vierte caput retentionis ſollen die Meliorationen ſeyn, wie Appellantinn in libello gravam. hujus inſtantiae ausdrücklich anführt. Indeſſen hat ſie in ſpecie keine anzuführen gewußt. Nur in dem Teſtamente erwähnt der letzte Vaſall Baukoſten, welche ſeiner Tochter von den Lehnfolgern erſetzt werden ſollten, weil ſein Vater den Oberhof habe erbauen laſſen. Er gedenkt ferner, daß das Gut durch das Eingebrachte ſeiner Frau um ein merkliches ge-

bessert worden sey, und spricht von acquisitis. Indessen sagt die Appellantinn in verschiedenen Stellen der Acten, daß das obere Haus ein bloßes Bauernhaus sey. Woraus also geschlossen werden kann, daß ihr Schwiegervater nicht viel daran gewendet haben müsse. Es wird von Veräußerungen Erwähnung gethan, und eine vom letzten Vasallen aufs Gut ausgestellte Verschreibung beygebracht.

Ueberhaupt also sind die angeblichen Meliorationen noch sehr dunkel, und es dürfte noch die Frage seyn, ob sie nicht durch Deteriorationen aufgewogen werden mögten. Wegen Meliorationen steht nun zwar den Erben gegen den Lehnsfolger in der Regel das jus retentionis zu (*Lauterbach* in diss. de retentione §. 7). Allein dazu ist erforderlich, daß die meliorationes nicht illiquidae und obscurae seyen; sonst muß eine Caution zugelassen werden. Et plane, sagt *Puffendorf* in Obs. T. 2. obs. 130, utilitatis ratio accedit, ne alias eveniat, ut lite postea de impensis finita nova & diuturnior lis de fructibus a possessore liquidandis oriatur. Praeterea grave est, dominum re sua ob impensas difficulter liquidandas diutius carere; alterius vero incommodum nullum existit, cum oblata cautio eandem, quam res,

res, securitatem praestet. So führt auch *Ludolf* in Obs. T. 2. obs. 202 einen dem vorliegenden ganz ähnlichen Fall an, wo eine Wittib, die auch auf Meliorationen sich berufen hatte, vom Unterrichter condemnirt worden war, das Lehn den Agnaten gegen Caution herauszugeben. Er sagt: meliorationes liquidae non fuere, & fructus per 20 annos percepti summam meliorationum excedebant; accessiones etiam feudi sunt impensae necessariae, reliquae impensae ad liquidationem remittendae erant; und so erfolgte dann eine confirmatoria, und die Meliorationen wurden zur Liquidation mit den fructibus verwiesen. Dies schlägt nun hier um so gewisser an, als appellantischer Theil nun 30 Jahre im Besitz des Guts ist, wovon die fructus eine solche Summe ausmachen dürften, die leicht die Meliorationen nicht nur, sondern auch die übrigen capita retentionis absorbiren könnte.

§. 116.

Die Appellantinn gründet aber auch darin eine Beschwerde, daß sie zum Ersatz der seit dem Tode ihres Mannes aus dem Gut erhobenen Nutzungen condemnirt worden ist. Sie glaubt dazu, da sie den Besitz bona fide fortgesetzt, und sogar Appellaten

sie sieben Jahre lang ruhig im Besitze gelassen hätten, nicht schuldig zu seyn.

Der Besitz einer rei alienae aber zieht bekanntlich den Ersatz der Früchte, wenigstens von Zeit der erhobenen Klage an, nach sich. Auch der b. f. possessor ist davon nicht befreyt, indem auch dieser durch die angestellte Klage erfährt, daß ein anderer Anspruch auf die Sache macht, sich also gleich von dem, zu was ihn das nachherige Urtheil anhält, überzeugen kann, und dadurch in malam fidem gleichsam gesetzt wird (*Cramer* in Observ. T. 3. obs. 930).

Wie nun Appellaten gleich nach dem Tode des letzten Vasallen Besitz zu ergreifen gesucht, und gleich darauf ein Manutenenz-Mandat nachgesucht haben: so können sie auch von dieser Zeit an die fructus fordern. Eigentlich litem contestirt hat zwar Appellantinn erst im Jahr 1767, und behauptet, daß das Exhibitum vom 19. März 1767 das erste sey, was ihr insinuirt worden wäre. Allein schon vorher hatte sie selbst dem ältesten der Appellaten die Lehnsurkunden extradirt, wußte also derselben Ansprüche wohl, mußte solche auch schon damals vorausgesehen haben, als sie selbst ein Manutenenz-Mandat impetrirt hatte. Vor dem exhibito vom 19. März 1767 waren auch Unter-

terhandlungen vorausgegangen, welche die Unterbrechung des gerichtlichen Verfahrens rechtfertigen.

Diese Umstände vereinigt mit dem klaren Inhalte der eigenen Ehepacten der Appellantinn, des Testaments ihres Mannes, wornach sie an der Rechtmäßigkeit der appellatischen Ansprüche nicht zweifeln konnte, müssen sicher die Wirkung haben, daß sie die fructus nicht lucriren kann.

§. 117.

Es ist zwar schon eher die Frage aufgeworfen worden: ob derjenige, der in possessorio obgesiegt hat, nachher aber in petitorio unterliegt, zur Restitution der genossenen Früchte angehalten werden könne? *Lauterbach* in Coll. theor. pract. lib. 41. tit. 1. §. 115 untersucht diese Frage, und entscheidet sie dahin, daß die fructus alsdann nur a tempore litis in petitorio contestatae zu restituiren seyen, beruft sich auch auf kammergerichtliche Praejudicia, und setzt §. 116 hinzu, daß manche behaupteten, daß die Restitution der Früchte in einem solchen Fall ganz wegfiele. Gleicher Meynung mit *Lauterbach* ist *Cramer* in den Nbst. Th. 113. p. 86 seq. wo er p. 87 sagt: „wie kann derjenige, der authore judice sich im Besitz befindet, und fructus

percipirt, pro possessore malae fidei gehalten werden, und eben deswegen sententia in petitorio praecedentem in possessorio irritam machen, da leztere, wie jene, cum causae cognitione ertheilt worden ist!" Er führt auch ein Praejudicium von dem kaiserlichen Kammergerichte an, von dem er aber selbst bemerkt, daß zwischen entschiednem possessorio und angestelltem petitorio 22 Jahre verflossen gewesen seyen. *Ludolf* hingegen in Observ. T. 4. obs. 341 ist anderer Meynung. Er führt an, daß ein in petitorio Beklagter sich darauf berufen habe, daß er vorhin in possessorio obgesiegt, und daher a restitutione fructuum frey seyn müsse, allein, sagt er, respondebatur, sententiam in petitorio facere praecedentem in possessorio irritam, & post litis contestationem induci malam fidem, possessor vero m. f. ad restitutionem omnium fructuum tenetur, neque juvatur reus probabili litigandi causa; multa etiam hujus rei judicata sunt in imperiali Camera, & haec, sezt er hinzu, vera sunt & usu forensi probata.

In einem Fall nun, wie der von Cramern angeführte war, da zwischen dem entschiedenen possessorio und angestellten petitorio ein ziemlicher Zwischenraum verstreicht,

streicht, wo also Victor in possessorio sich in b. f. zu befinden berechtigt ist, bis der Kläger petitorische Gründe bringt, würde die Cramerische Meynung ehender einleuchten. In vorliegendem Fall aber ist das petitorium nicht separatim angestellt worden, sondern die Sache ist nach und nach in den nemlichen Verhandlungen ins petitorium übergegangen. Man kann daher den appellantischen Theil um so weniger von den a morte ultimi vasalli zu ersetzenden fructibus frey sprechen, als derselbe bey dem in Händen habenden Testamente und den Ehepacten nicht anders, als in mala fide, seyn konnte.

§. 118.

Eben deswegen würde der Unterrichter die Appellantinn auch in die Kosten haben condemniren können, oder vielmehr er hätte sie darin condemniren sollen. Da aber in Ansehung der Appellaten die sententia a qua rechtskräftig ist, so muß es auch bey der darin enthaltenen Vergleichung der Kosten verbleiben. Und solche auch in der jetzigen Instanz zu compensiren, dazu können nur die von den Appellaten durante hoc appellatorio begangenen Attentaten, wie oben §. 64 schon gesagt worden ist, einen Beweggrund abgeben.

§. 119.

Daß dem appellantischen Theil in der sententia a qua gestattet worden ist, innerhalb vier Wochen seine Gegenforderungen zu liquidiren, und daß er nur mit denen, welche er in dieser Zeit nicht liquidiren könne, ad separatum verwiesen worden, ist nullo ab appellatis interposito remedio rechtskräftig, und auch an sich rechtlich, da die exceptio compensationis auch in ipsa executione noch vorgebracht werden kann. In dieser Zeit aber wird appellantischer Theil schwerlich den ihm obliegenden Beweis vollführen; vielmehr ist wohl voraus zu sehen, daß über die Meliorationen und andere Forderungen einer- und die Deteriorationen und fructus anderer Seits, noch weitläuftige Verhandlungen, die aber die Restitution des Lehns nicht aufhalten können, entstehen, und mit der separatione feudi ab allodio werden verhandelt werden müssen. Wie nun in gegenwärtigem Fall die Vermuthung fürs Lehn streitet, so wird der Beweis der Allodialität einzelner Stücke allerdings dem appellantischen Theil obliegen, und er denselben restituto, erga cautionem ab appellatis praestandam, prius toto pro feudo habendo zu führen haben.

§. 120.

Nach allem bisher Ausgeführten ergibt sich nun der Schluß ad confirmatoriam cum compensatione expensarum von selbst, dem die Verurtheilung zur Erstattung der Auslösungsgebühren der actorum priorum und Bezahlung der nach dem Tode der appellantischen Mutter aufgegangenen Kanzleygebühren, welcher Punct oben §. 62 erwähnt worden, zuzusetzen ist. Das in der Maße ergangene kammergerichtliche Urtheil ist folgendes:

Sententia publicata 23. Sept. 1789.

In Sachen verwittibter von Friesenhausen armer Parthey, nun Franz Maximilian von Donop uxorio nomine, Appellanten eines = wider Christian Philipp Friedrich und Johann Carl Ludwig, sodann Ernst Wilhelm, Gebrüder von Friesenhausen, Appellaten andern Theils: Ist die durch Lt. Vergenius unterm 27. Febr. a. p. übergebene supplicam sammt Anlagen ad acta zu registriren verordnet, darauf die Sache von Amtswegen für beschlossen angenommen, sodann allem An = und Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß durch Richtern voriger Instanz wohl geurtheilt, übel

davon appellirt, daher solche Urtheil zu confirmiren und bestättigen, auch die Sache an Richtern voriger Instanz zu remittiren und weisen sey. Als wir hiermit confirmiren und bestättigen, remittiren und weisen, die Gerichtskosten an diesem kaiserlichen Kammergerichte derentwegen aufgelaufen aus bewegenden Ursachen gegen einander compensirend und vergleichend. Schließlich ist appellantischer Theil, die Auslösungsgebühr der actorum priorum, und so auch die nach dem Tode der Wittib von Friesenhausen aufgegangene Kanzleyjura zu bezahlen, hiermit fällig ertheilt.

Zweyter

Zweyter Rechtsfall

über ein der Reichsstadt Bremen zustehendes kaiserliches Privilegium, von jedem, der wider ein am dortigen Magistrate ergangenes Urtheil an eines der höchsten Reichsgerichte appelliren will, funfzig Goldgulden Succumbenzgelder zu fordern; insbesondere ob diese verfallen sind, wenn die Processe simpliciter abgeschlagen werden?

Inhalt.

§. 1. Ein hierüber ertheiltes Privilegium von Carl dem V sagt, daß die erwähnten 50 Goldgulden alsdann entrichtet werden sollen, wenn die Appellation vom Oberrichter für frevelhaft gehalten würde.

§. 2. Ein ferneres Privilegium von Maximalian dem II enthält den Zusatz: wenn der Appellant auch zur Erstattung der Kosten condemnirt worden sey. Hieraus erhellet deutlicher, daß Decreta processuum simpliciter dene-

denegatoria darunter nicht zu verstehen seyen.

§. 3. Immittelst behauptet der Magistrat zu Bremen das Gegentheil, wesfalls gegen ihn schon mehrmal Klage geführt worden ist. Unter andern erging 1786 ein kammergerichtliches Urtheil, worin der Magistrat zur Zurückgabe der eingezogenen Gelder, und nebst dem noch in eine Strafe von 5 Mark Goldes condemnirt, auch der Fiscal zu Verhütung künftigen Misbrauchs kaiserlicher Privilegien excitirt wurde.

§. 4. Erzählung dieser Sache.

§. 5 bis 15. Des Magistrats vorgebliche Gründe zur Behauptung seiner Anmaßung.

§. 16 - 25. Gegengründe.

§. 26 - 29. Beurtheilung. Die Frivolität einer Sache läßt sich bey einem bloßen Extrajudicial-Erkenntniß selten mit Zuverläßigkeit behaupten. Es ist kein Schluß: die Materialien sind unerheblich, also ist die Appellation frivol. Temeritas litigii wird durch nur anscheinende Zweifelsgründe entschuldigt, welche aber der Judicial-Referent, der die Acten im Zusammenhange prüft, erst wahrnehmen kann, und dem es größten Theils schwer fällt, sich von der Frivolität einer Sache entscheidend zu überzeugen.

§. 30 und 31. Das gemeine Recht setzt auf die bloße interpositionem der Appellation, oder auf den Versuch, sie bey dem Oberrichter auszubringen, keine Strafe. Und ein statutarisches Recht, welches frivolen Appellanten eine besondere Strafe auflegt, ist nicht auf den Fall eines

eines Decreti processuum denegatorii auszudeuten. Wenn die versuchte Frivolität nicht zum Effect gekommen ist, so muß auch die Strafe wegfallen. Es steht ferner der Anmaßung des beklagten Magistrats die Analogie in Ansehung der Succumbenzgelder bey Revisionen entgegen.

§. 32-34. Auch kommt in hypothesi hinzu, daß das Maximilianische Privilegium das Carolinische ausdrücklich gegen die Intention des Beklagten interpretirt. Und die Behauptung, daß ersteres nicht in Ausübung gekommen sey, ist nicht stichhaltig, da die gegentheilige Gewohnheit sehr fehlerhaft ist. Jedoch selbst das Carolinische Privilegium ist klar genug gegen den Magistrat. Die poena frivole appellantium hängt nicht vom judice a quo ab. Das vorliegende Privilegium darf nicht zu dem Zwecke mißbraucht werden, das Appelliren zu verhindern. Schluß auf paritoriam plenam cum condemnatione in damna & expensas.

§. 35-37. Begründung der nebst dem gegen den Magistrat noch verhängten fiscalischen Strafe von 5 Mark Goldes. Und das kammergerichtliche Urtheil in extenso.

§. 1.

Der Reichsstadt Bremen kommt in Gemäßheit erhaltener kaiserlicher Privilegien das Recht zu, von jedem, der gegen ein von dem Magistrat zu Bremen gesprochenes Urtheil

Urtheil an ein höchstes Reichsgericht appelliren will, eine Caution von funfzig Goldgulden zu fordern, welche verfallen sind, wenn die Appellation von den Oberrichter als frevelhaft angesehen wird.

Das erste Privilegium hierüber von Carl dem V vom J. 1554 sagt ausdrücklich, daß nur alsdann dem Magistrat zu Bremen die Strafe von 50 Goldgulden entrichtet werden solle, wenn die Appellation für frevelhaft und muthwillig erkannt würde.

Dabey entsteht nun die Frage: ob der Appellant auch alsdann diese Strafe bezahlen muß, wenn die nachgesuchten Appellationsprocesse nur simpliciter abgeschlagen werden.

§. 2.

Deutlicher ist hierüber ein ferneres von Kaiser Maximilian dem II über jene Cautionsleistung dem Magistrat zu Bremen ertheiltes Privilegium von 1576 *). Hierin heißt es: daß die Cautionsgelder nicht ehender verwirkt seyn sollten, als wenn die Appellation von dem judicio superiori pro frivola er:

*) Dieses ist in Ludolfs Comment. system. jur. cam. append. XII. zu finden.

erkannt, und der Appellant zur Erstattung der Kosten condemnirt worden sey.

Hieraus kann man abnehmen, daß bloße Decreta denegatoria hierunter nicht gemeynt seyen, sondern daß das Privilegium den Fall unterstellt, wenn die Sache zu einem Judicial-Verfahren gekommen sey, das ist, wenn post decretos processus, cognita & ventilata in appellationis instantia & ad sententiam deducta causa, die Appellation pro frivola & malitiosa erkannt, und sodann der Appellant in die Kosten condemnirt wird, welches bey bloßer Abschlagung der Processe nicht geschieht.

§. 3.

Gleichwohl hat der Magistrat mehrmal versucht, jene Auslegung, daß auch bey einfachen decretis denegatoriis die Succumbenzgelder verfallen seyen, durchzusetzen; z.B. in einer am kaiserlichen Reichskammergerichte vor mehrern Jahren abgeschlagene Sache: Wittken und Bremer Glaseramt contra Kohl, worin der Magistrat mit seiner nachherigen Anmaßung per Decretum und demnächst per sententiam abgewiesen worden ist. Dies war auch der Fall in einer kürzlich am K. Gte entschiednen Sache Johann

Lange

Lange und dessen Sohn Johann Henrich Lange zu Bremen wider Burgermeister und Rath daselbst, Mandati de non extendendo privilegia caesarea &c. worin erwähnter Magistrat durch das den 15ten Dec. 1786 ergangene Urtheil nebst dem noch in eine Strafe von fünf Mark Golds condemnirt, und zu Verhütung künftigen Mißbrauchs in willkührlicher Auslegung klarer kaiserlicher Privilegien der Fiscal seines Amts erinnert worden ist. Diese Sache ist merkwürdig genug, um sie umständlicher zu erzählen.

§. 4.

Johann Lange und Sohn, Handelsleute zu Bremen, hatten in ihren zwey Rechtssachen wider Johann von Capellan und Bülde die Appellation an das kais. K. Gt. ergriffen. Die Appellationsprocesse wurden aber am 23. Sept. 1774 abgeschlagen. Bey Interposition der Appellation hatten beyde Provocanten, nebst andern in Bremen üblichen privilegienmäßigen Feyerlichkeiten, auch die Cautionsscheine wegen der oben erwähnten zu erlegenden 50 Goldgulden Succumbenzgelder für jede Appellation ausgestellt.

Nach Abschlagung der Processe forderte der Magistrat zu Bremen die verbürgten

50 Gold-

50 Goldgulden in jeder dieser zwey Sachen. Johann Lange und Sohn behaupteten, daß die bloße Abschlagung der Appellationsprocesse die Verwirkung der Strafe nicht nach sich ziehe, weil das Privilegium Kaisers Maximilian des II von 1572 ausdrücklich wolle, daß die erwähnte Strafe nur in dem Fall, wenn die Appellation vom Oberrichter für muthwillig erklärt, und der Appellant zur Erstattung der Kosten condemnirt worden sey, eingezogen werde, ohne das aber, wo die Expensen compensirt worden, keine Strafe statt haben solle.

Sie wurden aber nicht allein enthört, sondern es wurden ihnen auch die funfzig Goldgulden doppelt, und zwar executive auf eine ihren Credit als Kaufleute schwächende Art, abgepfändet. Sie kamen daher den 14ten Aug. 1775 am kaiserlichen Kammergerichte klagend ein, und baten um ein Mandatum de non extendendo privilegia caesarea, cassandoque decreta desuper nulliter & incompetenter lata, restituendo executive ablata & retradendo documenta cautionis, cum restitutione damnorum & expensarum, welches auf Bericht und Gegenbericht, was das Hauptgesuch betrift, S. & quoad damna & expensas C. C. erkannt wurde.

§. 5.

In dem Bericht führt der Magistrat an: die Reichsstadt Bremen habe drey kaiserliche Privilegia in Ansehung der Appellationen aufzuweisen. Das eine von Kaiser Carl dem V vom 15. Jul. 1541, nach welchem, wenn die Sache nicht über 600 fl. rheinisch belange, von ihren Urtheilen an das kaiserliche Kammergericht nicht appellirt werden könne. Das andere von eben gedachtem Kaiser de 27. Nov. 1554, welches extensivum des erstern sey, enthalte die schon bekannte Cautionsleistung, so wie das dritte von Kaiser Maximilian dem II vom 28. Jun. 1576.

Diese drey Privilegien wären, wie der wörtliche Inhalt derselben, besonders der beyden letztern zu erkennen gäbe, aus der Ursache nachgesucht und ertheilt worden: „um leichtfertigen Leuten, die zu Zeiten nicht aus Nothdurft, sondern aus Muthwillen, ihre Gegentheile dadurch umzutreiben und die Execution zu verhindern, an das K. G. appellirten, einen Riegel vorzuschieben, und den muthwilligen und freventlichen Appellationen, welche sich vielfältig zutragen, und von Tag zu Tag je länger je mehr gemein würden, vorzukommen."

§. 6.

§. 6.

Das Privilegium Carolinum von 1554 sey auf des Raths Ansuchen von allen nachfolgenden Kaisern und zuletzt ganz neuerlich von Kaiser Joseph dem II bestättigt worden. Nach diesem Privilegio wäre in Ansehung der verfallenen Cautionsgelder kein Unterschied, ob die Processe vorher angenommen worden und nachher erst die Frivolität kund werde, oder ob sie alsbald simpliciter abgeschlagen worden. Das Privilegium Maximilianum hingegen sey niemal im Gebrauch gewesen; auch seit Kaisers Joseph des Iten Zeiten nur allein die Confirmation des Privilegii Carolini nachgesucht, also seitdem weiterhin des Privilegii Maximiliani nicht mehr gedacht worden.

§. 7.

Da die Supplicanten Johann Lange und Sohn von zweyen an den Bremer Gerichten ergangenen Erkenntnissen an das K. G. appellirt hätten, beyde Appellationen aber auf erkannten und abgestatteten Bericht zum offenbaren Kennzeichen derselben gänzlicher Frevelhaftigkeit zurückgewiesen, und processus abgeschlagen worden: so habe Magistratus Bremensis auch in diesen Sa-

chen nach der bisherigen beständigen Observanz verfahren. Man habe die Kläger erinnern lassen, die Succumbenzgelder mittelst Einlösung der Cautionsscheine zu entrichten; sie hätten Gegenvorstellungen gemacht. Allein da der Inhalt des Privilegii Carolini und die solchem beytretende beständige Observanz ihrem Gesuch entgegen gestanden, so wären sie nochmal sub poena executionis zu Einlösung der beyden Cautionsscheine angewiesen worden. Weil nun Kläger auch diesem Concluso den schuldigen Gehorsam nicht geleistet, so hätten sie sich selbst zuzumessen, daß die angedrohete Caution endlich in der Weise, wie es die Kläger angezeigt, hätte vollzogen werden müssen, nemlich daß ihnen durch den Gerichtsdiener 110 Rthlr. sammt zwey silbernen Sackuhren aus ihrer Behausung weggenommen und gepfändet worden.

§. 8.

Die Kläger suchten nunmehr das Verfahren des Magistrats hauptsächlich aus drey vermeintlichen Gründen als illegal darzustellen: Es sey nemlich

1) in den privilegiis Caroli V und Maximiliani II die Strafe der 50 Goldgulden nur auf den Fall gesetzt, wenn die Appella-

pellation pro frivola & malitiosa erkannt worden;

2) hätten sie in ihren Cautionsscheinen nur blos auf diesen Fall cavirt, folglich seyen sie auch zu mehrerm nicht gehalten, zumal Magistratus Bremensis die Appellationen selbst nicht pro frivolis & malitiosis geachtet habe, indem er apostolos reverentiales ertheilet;

3) sey in einem ähnlichen Falle sub rubro: Erthel contra das Knopfmacheramt zu Bremen der Magistrat von dem kaiserlichen R. H. R. auf die von dem Appellanten angebrachten Beschwerden angewiesen worden, die gestellte Caution von 66 Rthlr. 48 ggr. in ⅔ Stücken wieder zurückzugeben.

§. 9.

Was den 1sten angeblichen Grund der Kläger betreffe, so scheine zwar das Privilegium Maximilianeum ein doppeltes Requisitum zu erfordern, nemlich daß die Appellation für frevelhaft und muthwillig erkannt, und der Appellant zugleich in die Kosten condemnirt worden sey. Allein man müsse wiederholen, daß erwähntes Privilegium vorlängst in Bremen in desuetudinem gekommen, und man sich beständig an das von Kaiser Carl dem V ertheilte, als an

das privilegium pinguius, gehalten habe.

Es sey zwar den Rechten gemäß, daß, wenn zwey von der gesetzgebenden Gewalt ertheilte unter sich streitende Verordnungen vorhanden seyen, blos die letztere gelte, und darnach geurtheilt werden müsse; allein es sey auch gewiß, daß bey unter sich, wo nicht im Ganzen, jedoch in einem gewissen Punct, streitigen Privilegien allemal das ältere den Vorzug behalte, und dem privilegiato frey stehe, dahin zu recurriren. Wäre dies nicht, so würde erwähntes Privilegium Maximilianeum, in so weit es die Einforderung der Succumbenzgelder mehr, als das Privilegium Carolinum, beschränken sollte, aufhören, ein Privilegium zu seyn, und virtualiter in ein den Appellanten zur Begünstigung ihres pruritus litigandi, contra mentem & intentionem Legislatoris, ertheiltes Privilegium ausarten. Es müsse vielmehr hier billig der Ausspruch der Kaiser Diocletian und Maximian in l. 4. C. de emancipat: „nec in cujusdam injuriam beneficia tribuere moris est nostri" gelten. Mithin habe Senatui Bremensi frey gestanden, unter zwey ertheilten Privilegiis dasjenige zu wählen, welches das pinguius und dem alleinigen Endzwecke, um dem häufigen Appelliren vorzubeugen

am

am gemäßesten sey, und das andere fahren zu lassen.

Da ferner das Privilegium Carolinum von 1554 von allen nachherigen Kaisern, und von Kaiser Joseph des Iten Zeiten, also seit einem Zeitraum von mehr als 70 Jahren allein mit Ausschluß des Maximilianischen bestättigt worden sey: so sey es außer allem Zweifel, daß Magistratus Bremensis in legali possessione vel quasi desselben sey, und nach solchem in judicando sicher habe verfahren können.

§. 10.

Die Kläger wollten zwar behaupten, daß selbst auch nach dem Privilegio Carolino der Magistrat nicht befugt gewesen sey die Succumbenzgelder von ihnen einzutreiben, weil nach Inhalt desselben diese Strafe nur auf den Fall eintrete, „wenn die Appellation von dem K. Gte für frevelhaft und muthwillig erklärt worden."

Allein dies könne auf zweyerley Weise geschehen: 1) wenn tenor sententiae solches ausdrücklich zu erkennen gebe, und 2) wenn auf die ex libello grav. hervorleuchtende Frivolität der Appellation, oder noch vor abgefordertem Bericht die Processe abgeschlagen würden, mithin die gravamina

des Appellanten nicht einmal so geartet befunden würden, daß darüber ein gerichtliches Verfahren zuzulassen, welche denegationes extrajudiciales allezeit eine offenbare Frivolität zum Grund hätten; es möchte solches in decreto ausgedruckt seyn oder nicht, weil man sonst die rationem decidendi verläugnen müßte.

Wollte man dieses nicht gelten lassen, so würde hieraus folgen, daß diejenigen Appellanten, welchen die Processe wegen offenbarer Frivolität, ohne einige über die anmaßlichen Beschwerden nöthig geachtete weitere Erkundigung, simpliciter abgeschlagen würden, von aller Bestrafung befreyt blieben, da hingegen andere, die propter gravamina verosimilia vorerst Processe erhalten hätten, nur allein der im Privilegium angesetzten Strafe unterworfen seyn würden; welches dem gemeinen Wesen schädlich, und auch den Reichsgesetzen (Deput. Absch. v. 1600 §. Und obwohl ꝛc.) zuwider seyn würde.

§. 11.

Alles dies werde noch deutlicher, wenn man auf die erste Ursache der Ertheilung des Privilegii zurückgehe, welche in der Verhütung der leichtfertigen und häufigen Appellationen bestehe. Ein jedes Privilegium müsse

so

so ausgelegt werden, ne commodo per illud quaesito privilegiatus privetur. Dieses würde aber wirklich geschehen, und der Effect, wo nicht gänzlich vereitelt, doch nur selten erreicht werden, wenn die Strafe blos dann statt finden sollte, wenn nach erfolgtem Judicialverfahren die Appellation für frevelhaft erkannt würde, alle Appellanten aber, die wegen ihrer muthwilligen Provocationen extrajudicialiter alsbald a limine judicii von den höchsten Reichsgerichten abgewiesen worden, und deren ausgeübter Muthwille daher vorzüglich stark einleuchte, von aller Strafe befreyt bleiben sollten.

Daß alle Privilegia strictissimae interpretationis seyen, könne hier nicht eingewendet werden, indem nach der Vorschrift verschiedener Gesetze beneficia Principum plenissimam & largissimam interpretationem gestatteten.

Ferner müsse hier die interpretatio extensiva nothwendig eintreten, weil sie die beste, und den Absichten desjenigen, der das Privilegium ertheilte, nemlich dem häufigen Appelliren zu steuern, am angemessensten sey.

§. 12.

Magistratus befände sich in possessione longaeva ex interpretatione usuali,

kraft welcher er in jedem Falle, wo Decretum processuum simpliciter denegatorium ergangen, die Succumbenzgelder von den Appellanten hätte einfordern lassen. Auch wären solche bis auf den heutigen Tag ohne Widerspruch bezahlt worden, wie aus einem über die letzten 50 Jahre gemachten, beygelegten, Verzeichnisse zu ersehen sey.

Die Grenzen der Privilegien würden durch die Gewohnheit, das Herkommen, und durch die Verjährung bestimmt. So wie Gesetze auf eben diese Art eingeführt würden, so hätten sie auch mit den privilegiis einerley Wirkung; rerum perpetuo & similiter judicatarum auctoritas vim legis obtineret, & si de interpretatione legis quaereretur, inprimis inspiciendum esset, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa esset, optima enim esset legum interpres consuetudo (l. 38. ff. de LL.); und daher könne dasjenige keine Abänderung leiden, welches interpretationem certam zu allen Zeiten gehabt habe (l. 23. ibid.).

§. 13.

Der vom Klägern in den Cautionsscheinen sich gemachte Vorbehalt: „die Succumbenz-

benzgelder nur dann zu bezahlen, wenn ihre Appellation pro frivola & malitiosa von den höchsten Reichsgerichten erklärt werden würde,“ sey contra leges, oder mit andern Worten contra privilegium, mithin pro non adjecto anzusehen.

Eben so sey auch bey Ertheilung der apostolorum reverentialium von Seiten des Magistrats die beste Absicht gewesen, nemlich um den Appellanten bey Ablegung des Appellationseides in judicio a quo Zeit zu lassen, noch in sich zu gehen, und noch in actu selbst bey ernsthafter Warnung vor dem Meineid sich zu prüfen, ob sie frey von allen Frevel und Muthwillen mit gutem Gewissen schwören könnten. Keinesweges sey es auf die Art auszulegen, als wenn Magistratus dadurch zu erkennen gegeben, daß er selbst ihre Appellation nicht pro frivola & malitiosa angesehen, da jenes bey allen Appellationen geschehe.

§. 14.

Die Kläger hätten zwar zur Beschönigung ihres Mandatsgesuchs auch ein R. H. R. Rescript in Sachen Erthel wider das Knopfmacheramt zu Bremen für sich angeführt, worin dem Magistrat auferlegt worden, die Succumbenzgelder dem Appellanten Erthel

Erthel wieder herauszugeben. Allein dies könne zu keinem Präjudiz dienen, indem hier ein ganz besonderer Fall gewesen wäre, und daher auch in erwähntem R. H. R. conclusо der Ausdruck „bewandten Umständen nach" gebraucht sey. Index superior habe nemlich die Appellation nicht in totum für frevelhaft und muthwillig angesehen.

§. 15.

Das petitum geht dahin, die Appellanten mit ihrem Gesuch gänzlich ab- und zur Ruhe zu verweisen, und Magistratum in dem ruhigen und ungestöhrten Besitze eines ihm und seinen Vorfahren in remunerationem meritorum verliehenen Privilegii zu lassen.

§. 16.

Die Antwort der Kläger in dem Gegenberichte ist kürzlich folgende:

Ein in allgemeinen Ausdrücken gefaßtes Gesetz, daß ein sachfällig werdender Appellant der Succumbenzgelder verlustig seyn solle, könne auf den Fall nicht applicabel seyn, wenn die Appellation nicht einmal zur eigentlichen Wirklichkeit gekommen, und nicht einmal Processe extrahirt worden. Dergleichen interpretatio extensiva streite

1) wider den Begriff der Appellation. Das Wort Appelliren sey cum effectu zu verstehen, mithin derjenige eigentlich noch nicht für einen Appellanten zu halten, der die Appellation blos interponirt und den Oberrichter angegangen habe, seine Appellation anzunehmen, sondern derjenige sey Appellant cum efectu, der in der höhern Instanz mit seinem Gegentheil wirklich zur Disceptation komme, und hac praevia die oberrichterliche Entscheidung abwarte.

2) Streite die Anmaßung des Magistrats wider den Begriff der Succumbenzgelder. Diese wären bekanntlich pecunia in eum casum praestanda, si appellans in appellationis instantia succubuerit. Dieses Succumbere setze natürlich einen Streit des Appellanten qua talis mit seinem Gegentheile, einen Schriftwechsel mit demselben voraus.

3) Streite die erwähnte Anmaßung wider allen Begriff eines Decreti simpliciter processus denegatorii. Je deutlicher man sich dessen Beschaffenheit vorstelle, je ungeheurer werde der Abstand zwischen diesem und einem Definitiverkenntniß in judicio appellatorio erscheinen.

4) Wider allen Gerichtsbrauch in Deutschland, und wider die Analogie. Bey

Bey beyden höchsten Reichsgerichten würden in Ansehung der Revisionen die Succumbenzgelder nicht eher bestimmt, bis das Conclusum, oder die Sententia super admittenda revisione, ergangen sey. Nicht zu gedenken, daß

5) dergleichen unternommene interpretatio extensiva keine andere, als die verhaßte Absicht habe, die Appellationen zu erschweren, denen doch alle rechtliche Begünstigung zukomme.

Sodann wird sich auf die oben (§. 3) schon angeführte Sache Wittken und Bremer Glaseramt contra Kohl von 1768 berufen, worin der Magistrat mit seiner Anmaßung, die Succumbenzgelder auch in casu mere denegatorum processuum zu fordern, vom K. Gte abgewiesen worden ist, welches er sich (wie es in vorliegendem Gegenberichte weiter heißt) zur Warnung hätte dienen lassen sollen.

§. 17.

Was ferner das Anführen des Magistrats, daß das Privilegium Maximilianeum in desuetudinem gekommen sey, betrift, so habe

1) ein jedes Gesetz, so lange es nicht ausdrücklich widerrufen worden sey, violentam

lentam praesumtionem des Gebrauchs und der Gültigkeit vor sich.

2) Hänge es nicht vom Magistrat zu Bremen ab, ein nicht sowohl ihm, als der Stadt Bremen, verliehenes Privilegium außer Gültigkeit kommen zu lassen, da die gesammte dortige Bürgerschaft, sohin jeder einzelne Bürger seinen Antheil daran habe. Auch habe

3) Magistratus nicht angeführt, warum gerade dieses Privilegium vor so vielen andern Bremischen Privilegien das außerordentliche Schicksal gehabt habe, bald nach seiner Geburt begraben zu werden. Es sey auch

4) in facto gewiß, daß solches bey dem kais. K. Gte geraume Jahre nach dessen Ertheilung, zum Zeichen der selbst verlangten Wirksamkeit desselben, insinuirt worden sey (Ludolf comment. syst. jur. cam. p. 179).

5) Sey es keinem Zweifel unterworfen, daß selbst auch jetzt regierende kaiserliche Majestät dieses Privilegium Maximilianeum confirmirt hätten, da Reichsstädte bey einer neuen kaiserlichen Thronbesteigung nicht privilegia singula, sondern den complexum aller ihrer von der gesetzgebenden Gewalt erhaltenen Privilegien zur Bestättigung zu überreichen pflegten.

6)

6) Seyen auch in neuern Zeiten von Appellanten Cautionsscheine ausgestellt und von dem Magistrate unweigerlich angenommen worden, die nach dem wörtlichen Inhalte des Privilegii Maximilianei eingerichtet gewesen. Zum Beyspiel lege man einen solchen Cautionsschein bey, welcher in causa Edler und Consf. wider das Tischleramt zu Bremen im J. 1768 ausgestellt worden sey.

§. 18.

Wenn man aber auch zugeben wollte, daß das Privilegium Maximilianeum in desuetudinem gekommen sey, so bleibe doch richtig, daß auch das Carolinische Privilegium, wonach Magistratus Bremensis beurtheilt seyn wolle, gegen ihn sey, denn sowohl ratio hujus legis in verbis eramciativis posita, als auch ipsa verba dispositiva verordneten deutlich, daß der Verlust der Succumbenzgelder nicht an ein Decretum simplex appellationis denegatorium, sondern, nach erörterter Sache in der Appellationsinstanz, an eine wirkliche definitivam gebunden seyn solle. Die angegebene Ursache des Privilegii sey, um leichtfertige Leute im Zaum zu halten, die aus vorgesetztem Muthwillen appellirten, eines

eines Theils um ihren Gegentheil umzutreiben und die Sache aufzuhalten, andern Theils um ihn in Kosten und Schaden zu bringen.

Beydes gehe denjenigen nicht an, der auf ein abschlägiges Decret seine Appellation aufgeben müsse, dem es bey der geschwinden Expedition der Extrajudicialien unmöglich gewesen sey, die Sache in die Länge zu ziehen, der sohin seinem Gegentheil keinen Schaden zugefügt, noch ihn in Kosten gesetzt habe. Einen solchen Appellanten begreife also ratio privilegii nicht, vielmehr sey er in privilegio verbis dispositivis ausgeschlossen, indem es heiße: der Cavent solle 50 Goldgulden Strafe erlegen, wenn die Appellation für frevelhaft und muthwillig erkannt würde. Dies sey also der Fall, wenn in einem Decret oder Urtheil namentlich so erkannt würde. Das bloße Wort Abgeschlagen führe aber keinen von dem Supplicanten in seinem Gesuche begangenen Frevel und Muthwillen im Munde.

§. 19.

Wolle man nun auch das Zeitalter des Privilegii in Erwägung ziehen, und daß Kaiser Carl der V darin zu einer Zeit rede, wo der libellus gravaminum noch nicht

mit der Supplik pro decernendis processibus übergeben wurde, wo also der Richter nicht eher, als nach erkannten Processen und verhandelten Schriftsätzen, die Frivolität der materialium appellationis habe beurtheilen können: so fließe daraus unwidersprechlich, daß der im Privilegio gebrauchte Ausdruck erkannt lediglich das Endurtheil in appellationis instantia andeute.

Die Behauptung, daß das Privilegium Carolinum pinguius sey, falle also weg. Beyde Privilegia kämen ganz mit einander überein, außer daß in Maximilianeo annoch der Kosten Erwähnung geschehe. Allein auch dieser Zusatz sey überflüßig, denn er wäre schon in dem Carolinischen Privilegium virtualiter enthalten, indem ein freventlicher und muthwilliger Appellant von Ersetzung der Kosten nie befreyt bleiben könne.

Sehr unjuristisch und falsch sey ferner die Behauptung des Magistrats, daß unter zweyen einander widersprechenden Privilegien das ältere vor den jüngern dem Vorzug habe, und dem Privilegiato frey stehe, mit Hinwegwerfung des jüngern auf jenes zu recurriren, indem das Privilegium auch hierin die Natur der Gesetze annehme, daß der älte-

ältere Freybrief durch den jüngern aufgehoben werde.

§. 20.

Magistratui Bremensi mögte es freylich vortheilhafter gewesen seyn, wenn es dem Kaiser gefallen hätte, den Verlust der Succumbenzgelder auch bey einem simplici decreto processuum denegatorio eintreten zu lassen; dem gemeinen Wesen aber würde dies schädlich seyn. Auch würde dem favori eines gerechten Urtheils erster Instanz kein Vortheil dadurch erwachsen, denn die Gesetze hätten auf zweyerley Weise wider muthwillige Appellationen Vorsehung gethan, einmal dadurch, daß sie der Oberrichter nicht annehme, und zweytens dadurch, daß der Appellant, wenn seine Berufung angenommen und die Appellationsinstanz durchgangen sey, den Verlust der Succumbenzgelder leide. Das erste Mittel bestehe für sich, und sey an und für sich selbst wirksam und hinreichend, muthwillige Appellanten im Zaum zu halten.

§. 21.

Diesem allem wären die vom Magistrat angeführten Gesetze, nach welchen Beneficia

Principum plene (das ist, nach ihrem ganzen Umfang) zu erklären seyen, nicht entgegen. Nur müsse man die interpretationem plenam, der die imperfecta entgegen stehe, mit der extensiva, deren Gegensatz die Restriction sey, nicht verwechseln, und ultra rationem privilegii und contra intentionem privilegiantis nicht interpretiren; denn dies heiße nicht auslegen, sondern an dem Privilegio Gewalt üben. Und daher hätte Magistratus sich in casu substrato hüten sollen, ein solches Unding von Interpretation einführen zu wollen.

So gewiß indessen restrictiva interpretatio in privilegiis, zumal odiosis, Platz greife, so fänden jedoch Kläger in gegenwärtigem Falle keine Veranlassung, sich mit dieser nur bey dunkeln und zweifelhaften Privilegiis eintretenden Auskunft zu behelfen, indem hier, wo verba privilegii clara & adaequata wären, nur interpretatio declarativa, oder lieber gar keine Auslegung, statt habe. Da beyde Privilegia mit dürren Worten besagten, daß derjenige die Succumbenzgelder erlegen solle, dessen Appellation für frevelhaft und muthwillig erklärt, und der in die Kosten condemnirt worden sey: so bedürfe es keiner weitern Auslegungskunst.

§. 22.

§. 22.

Es sey ein sehr befremdender Gedanke, daß kaiserliche an den höchsten Reichsgerichten insinuirte Gnadenbriefe durch widrigen Gebrauch geändert seyn sollten. Das Verzeichniß, dem zu Folge in den darin enthaltenen Fällen die Succumbenzgelder eingezogen seyn sollten, betreffend, komme es noch sehr darauf an, ob die funfzig oder sechzig Fälle nicht solche gewesen, in welchen ein per sententiam an den höchsten Reichsgerichten pro temerario & frivolo litigatore erklärter und in expensas condemnirter Appellant die Zahlung geleistet habe. Wenigstens könne man dies letztere von einer in diesem Verzeichnisse unter dem J. 1760 stehenden Sache: Eltermann Reiner und Schmidt contra Nusturden in continenti mit dem in dieser Sache am kais. K. Gte publicirten Urtheil beweisen.

Hiernächst würde es auch bey näherer Prüfung um die Richtigkeit des befragten Verzeichnisses verdächtig aussehen, da z. B. unter dem J. 1767 sich noch die Rubrik Ertel contra Knopfmacheramt zu Bremen aufgeführt finde, in welcher Sache doch schon 1768 die Succumbenzgelder an den Appellanten hätten zurückbezahlt werden müssen.

Was möge der Magistrat wohl damit sagen wollen, daß er unter dem J. 1746 eine Sache zur Halbschied anführe? Sollte da nicht wahrscheinlich der Vorfall versteckt liegen, daß Magistratus den ersten Versuch gemacht, ad simplex decretum denegatorium sich die Succumbenzgelder zuzueigenen, und, da sich der Appellant widersetzt, um die Sache nicht zur Sprache kommen zu lassen, sich mit ihm in die Gelder getheilt habe?

Ferner fänden sich in diesem Verzeichnisse unter den Jahren 1760. 62. 63. 64. 66 und 1768 Sachen, worin, wie man stündlich erweisen wolle, die Partenen von dem Magistrate widerrechtlicher Weise sogleich ben Interposition der Appellation die Succumbenzgelder zu erlegen gezwungen worden seyen, und welche Magistratus, obgleich die Appellation, weil die Parteyen sich verglichen, niemals bey einem der höchsten Reichsgerichte introducirt worden wäre, dennoch behalten, und nicht, wie er doch schuldig gewesen wäre, wieder zurückgegeben habe.

§. 23.

Gesetzt aber auch, daß in sämmtlichen specificirten Sachen die Succumbenzgelder ad tale Decretum denegatorium simplex

zu

zurückbehalten worden seyen, so würde das doch ihnen, den jetzigen Klägern, nichts schaden. Ein jeder könne sich seines Rechts für sich begeben. Dazu seyen sie, die Kläger, nicht geneigt.

Was überhaupt Magistratus von der Gewohnheit und Observanz, als approbirter Auslegerin der Privilegien sage, passe auf die gegenwärtige vorgebliche Gewohnheit nicht. Es fehle dieser hauptsächlich an dem Billigen und Vernünftigmäßigen, ohne welches eine lange Gewohnheit nur ein lang getriebener Unfug sey. Es fehle ihr auch an der Einwilligung und dem Wissen des Gesetzgebers, ohne welche eine, zumal contra legem, eingeführt seyn sollende Gewohnheit ein Unding bleibe. Vielmehr hätte Magistratus beybringen müssen, daß solches an einem der höchen Reichsgerichte in contradictorio ausgemacht sey.

§. 24.

Schon allein der Inhalt des von Klägern ausgestellten und vom Magistrat angenommenen Cautionsscheins hätte ihn abhalten sollen, die Succumbenzgelder zu verlangen, da sie sich zu deren Zahlung nur auf den einzigen Fall, wenn ihre Appellation von einem der höchsten Reichsgerichte für frevelhaft und muthwillig erkannt werden

sollte, darin anheischig gemacht. Fände hier einiger Zweifel über den Wortverstand dieses Cautionsscheins statt: so würde 1) die Auslegung allemal für die Kläger, als die besten Dolmetscher ihrer eigenen Worte, zu machen seyn, und 2) müsse diese Auslegung gegen den Magistrat ausfallen, der aus den gegenwärtigen Cautionsscheinen lucrum captiren wolle, und dem es also obgelegen hätte, sich das, was er eigentlich haben wollte, deutlicher ausstellen zu lassen.

§. 25.

Schließlich könne der Magistrat die Anwendung des oben schon erwähnten am kais. R. H. R. erörterten Ertelschen Falls damit nicht beseitigen, daß in jenem Urtheil der Ausdruck bewandten Umständen nach vorkomme. Dies mache nichts zur Sache, denn beyde Fälle, jener und der jetzige, wären einerley; in beyden sey blos ein simplex Decretum processuum denegatorium ergangen, in beyden die Appellation nicht pro frivola erklärt worden, mithin seyen auch beyde gleich zu beurtheilen. Und des Magistrats Verfahren sey desto sträflicher, da ihm nicht nur vom kais. R. H. R., sondern auch in der angeführten Sache Wittken und Bremer Glaseramt contra Kohl 1768 vom kais. K. Gte sein Unrecht schon

schon gezeigt worden sey. Magistratus befinde sich also jetzt in majori reatu, und werde daher diesmal von Ersetzung aller Schaden und Kosten sicher nicht befreyt bleiben könne.

§. 26.

Mit dem bisherigen Auszuge des Berichts und Gegenberichts sind nun sämmtliche von beyden Seiten vorgebrachte Behauptungen erschöpft. Alles übrige, was in den Acten noch vorkommt, ist Wiederholung. Besonders hat der Magistrat in der in judicio übergebenen Exceptionsschrift nicht das mindeste Neue vorgebracht, welche daher beynahe für eine bloße verdoppelte Abschrift des Berichts gelten kann. Auch haben die Kläger auf diese Exceptionen nicht weiter geantwortet, sondern sich allein mit allgemeinem Widerspruch ad retro acta bezogen, und zum Urtheil submittirt. Der magistratische Anwalt hat zwar hierauf mehrmal zur fernern Handlung Frist gesucht, aber nichts weiter eingebracht, bis endlich die Sache für beschlossen von Amtswegen angenommen wurde, und das oben §. 3 seinem Inhalt nach schon erwähnte Urtheil erging, welches ich nunmehr noch mit einer kurzen Ausführung bekleiden, und am Ende in extenso einrücken will.

§. 27.

Wenn man strenge von der Sache urtheilen würde, so könnte man nur allein dabey stehen bleiben, daß der Magistrat in der gerichtlich übergebenen Exceptionsschrift nichts Neues in facto vorgebracht habe, sohin die paritoria plena auf das nach Bericht und Gegenbericht erkannte Mandatum S. C. sich von selbst ergeben müsse, da bekanntlich wider Mandata S. C. nur exceptiones facti, und zwar solche, wovon der Senat bey Erkennung des Mandats noch keine Wissenschaft gehabt, statt finden. Dieser Schluß müßte in vorliegendem Falle um so mehr anwendbar seyn, als der beklagte Magistrat selbst auch kein neues Argumentum juris, obwohl dergleichen contra Mandata S. C. ohnehin nicht statt haben, in exceptionibus vorgebracht hat. Allein man kann hiervon ganz abstrahiren, und das Unrecht des Magistrats aus der Sache selbst augenfällig zeigen.

§. 28.

Die Succumbenzgelder sind ein Mittel zur Verhütung muthwilliger Appellationen, und können also nur in dem Fall verloren gehen, wenn die Berufung für frevelhaft erklärt worden ist. Dieses setzt eine aus dem gan=

ganzen Inhalt der Acten erwogene Untersuchung voraus, welche bey einem Extrajudicial-Erkenntniß, wo man nur einen Theil der Acten vor sich hat, und das Ganze nicht übersehen kann, nicht wohl thunlich ist. Zuweilen erkennt der Extrajudicial-Referens ungern Processe, und in dem weitern Verlauf entwickelt sich die Sache so, daß der Appellant als Sieger abtritt. Deckher trägt einen Fall vor, wo der appellantische Advocat, der bekannte Uffenbach, der Sache oder seinem Gewissen so wenig trauete, daß er den Eid nicht leisten wollte, und daher die Strafe des nicht Schwörens bezahlte; und dennoch erhielt er sententiam reformatoriam.

Richter und Advocat betrachten die Sache gar oft aus einem verschiedenen Gesichtspunct. Es kann daher leicht geschehen, das jener die Berufung für frivol ansieht, weil er verschiedene nähere Umstände nicht weiß, welche ihr einen solchen Schein geben würden, der die praesumtionem frivolitatis entfernte. Der Advocat sieht nur auf die Gründe, welche seine Gravamina rechtfertigen, und läßt diejenigen weg, welche ihn und seinen Principalen gegen die Frivolität sicher stellen.

§. 29.

§. 29.

Es ist kein Schluß: materialia sind unerheblich, also ist die Appellation frivol. Beydes hat seinen besondern Gesichtspunkt, woraus es zu beurtheilen ist; die Rechtfertigung der Materialien erfordert strengern Beweis, temeritas litigii aber wird durch nur anscheinende Zweifelsgründe entschuldigt. Diese letztere sind dem Extrajucial-Senat größten Theils unsichtbar. Der Libell würde durch deren Anführung noch weitläuftiger werden, als er dermalen schon ist. Der Judicial-Referent aber sieht sie, indem er die Acten im Zusammenhange prüft, erhebliche Scheingründe im Extract zusammenfaßt, und durch deren Vergleichung sich zuweilen zur Compensation der Kosten auch in dem Falle bestimmt, wo er die Gravamina für unerheblich hält.

Die tägliche Erfahrung zeigt es, wie schwer es bey der Judicial-Deliberation halte, von der Frivolität sich entscheidend überzeugen zu können, und daß, wenn gleich confirmatoria cum expensis erfolgt, dennoch größten Theils declaratio in poenam unterbleibe, zum deutlichen Merkmal, daß zur Dictirung der Strafe ein strengerer Beweis der Frivolität, als in Ansehung der Condemnation in die Kosten erfordert werde.

§. 30.

§. 30.

Die in l. 5. C. quor. app. non recip. verordnete Strafe der temere appellantium trift nach dem l. 6. §. 4. C. de appell. nur denjenigen, welcher die Apellation prosequirt, oder, nach unserm Styl zu reden, sie gerichtlich introducirt hatte. Die bloße Interpositio, oder ein Versuch, sie bey dem Oberrichter auszubringen, war also hierzu nicht hinreichend, so wenig als der Kläger, welcher von dem Praetore keine formulam actionis, also denegationem processuum zum Bescheid erhielt, deswegen die in Nov. 112. cap. 2 verordnete Caution der decimae partis litis verlieren sollte.

Entscheidend spricht hiervon *Carpzov* in Decis. P. 1. decis. 50, wo er den Fall vor Augen hat, ob die in der Sächsischen Ger. Ordn. den frivolen Appellanten angesetzte Strafe von 40 fl. auch auf den Fall eines Decreti processuum simpliciter denegatorii anwendbar sey? Er sagt, daß der Appellations-Senat hierüber weitläuftig gestritten, endlich aber ad denegativam geschlossen habe, weil 1) keine wahre Protractio litis alsdann vorhanden sey; „quaenam protractio litis, si ipsa rejiciatur, ex quo nequidem reus litem contestari ob-

obstringitur, tantum abest, ut judicium, quod post lit. contest. demum incipit, proteletur, cessante autem causa & ipsam mulctam cessare, quis inficias ibit," 2) weil de temeritate litigandi nicht ante finem judicii constiren könne, und 3) weil sanctiones poenales mehr zu restringiren, als ad casus non expressos zu erstrecken seyen.

Auch Mevius P. 4. decis. 232 gibt als Regel an: „Ob interpositam solam appellationem & propositam tantum querelam, non autem prosecutam locum non habet mulcta, ideo rejectio querelae, quae sine alio processu fit, sine poena fieri solet & debet."

Böhmer in Consult. vol. 2. P. 2. resp. 1228 hatte den Fall vor sich, wo ob frivolam appellationem an den R. H. R. der landesherrliche Fiscal auf eine Strafe von 20 Mark löth. Golds geklagt hatte, obschon die Appellation nicht zur Prosecution gelangt war, und hielt diese Klage für unfundirt, weil er es für ausgemacht ansah, daß derjenige erst pro temerario zu halten, qui in appellationis instantia succubuerit.

Eben so merkwürdig sind die principia cameralia bey Jul. Magenhorst, wo obs. 74 der Ursprung der gegen die frivolen

Ap=

Appellanten gesetzten Strafe erläutert, und observ. 76 gesagt wird: „ille non potest puniri tanquam temerarius appellans, qui a lite ante sententiam destitit.“

§. 31.

Bey den Revisionen gegen kammergerichtliche Urtheile muß ebenfalls eine Succumbenzsumme erlegt werden; einige liegen noch dermalen bey dem K. Gte unter den alten Depositengeldern, andere sind während der letzten Visitation taxirt worden; und dennoch können solche von den Revidenten, wenn sie der Revision entsagen, oder sich vergleichen, immer zurückgenommen werden, weil sie nur in dem Fall verwirkt sind, wenn das Urtheil confirmirt wird, oder wenn sich die Partenen erst nach wirklicher Vornehmung der Sache vergleichen würden (J. R. A. §. 126). Ihre Verfallzeit ist also erst alsdann vorhanden, wenn der Revisions Senat zur wirklichen endlichen Deliberation der a camera imperiali schon präparirten Revisionen schreitet. Sola itaque interpositio; acceptatio revisionis, & solennium praestatio ist noch kein Grund zur Einziehung dieser Gelder. Und argumento exinde deducto können auch die bey dem judice a quo in Appellationssachen cavir-

cavirten Succumbenzgelder nicht anderer Condition seyn.

Gleiwie bey jedem Laster affectus & effectus ad poenam ordinariam infligendam compulative erfordert wird, so muß auch beydes bey der poena temerariae appellationis eintreten, so daß, wenn die versuchte Frivolität durch Verwerfung der Appellation nicht zum Effect gekommen ist, auch die Strafe wegfällt.

§. 32.

In hypothesi tritt nun hinzu, daß das wirklich bey dem K. Gte insinuirte Privilegium Kaisers Maximilian II das ältere von Carl dem V ertheilte dergestalt interpretirt, daß die 50 Goldgulden nur in casu confirmatoriae & condemnationis in expensas verloren gehen. Diese authentische Erklärung dauert so lange, bis sie ausdrücklich zurückgenommen seyn würde. An dieser Aufhebung aber fehlt es, denn die in circumventionem augustissimi Legislatoris & archidicasterii cameralis erst während des Laufes dieses Processes ausgebrachte neue Bestättigung und Insinuation des Carolinischen Privilegiums kann für keine Aufhebung des später ertheilten Maximilianischen gehalten werden, da nicht zu glauben ist,

ist, daß kaiserliche Majestät diese Absicht dabey gehabt, und das Carolinische Privilegium hätten anders erklären wollen, als es von Kaiser Maximilian dem II geschehen ist.

§. 33.

Wenn aber auch das Privilegium Maximilianeum nicht existirte, so ist doch das Carolinum an sich klar genug, daß nur frevelhafte und muthwillige, nicht aber jede blos verworfene Appellationen zu bestrafen seyen. Es ist zu einer Zeit gegeben, wo die Materialien extrajudicialiter noch nicht geprüft wurden, sondern wenn die Jurisdiction und Formalien ihre Richtigkeit hatten, die Processe erkannt wurden. Es ist also nur auf ein demnächst in appellationis instantia zu erlassenes Urtheil, und nicht auf bloße abschlägige Decrete auszudeuten.

Die poena frivole appellantium hängt nicht vom judice a quo, sondern von dem höhern Richter ab, wenn solche auch in Privilegio bestimmt ist. Sowohl der R. H. R. als das kais. K. Gt. haben diesen Satz von jeher auf eine allen Reichsbürgern wohlthätige Art, die sonst von der Sklaverey nicht weit mehr entfernt seyn würden, wenn die Appellationen an die Reichsgerichte in ein Verbrechen ausarten sollten, streng behauptet.

Nicht jeder Appellant, ja keiner, kann es, bey der Ungewißheit der Rechte und deren Anwendung und Unsicherheit der Laune oder Einsicht seines künftigen Referenten, ganz zuverläßig wissen, ob er bey bester Ueberzeugung der Gerechtigkeit seiner Sache eine reformatoriam erhalten werde. Sollte er nun bey jeder confirmatoria auch das Unglück haben, als ein Verbrecher mit dem Verlust eines großen Theil seines übrigen Vermögens bestraft zu werden: so würde Niemand weiter appelliren.

Hierzu darf das vorliegende Privilegium nicht mißbraucht werden. Desfalls haben auch die Reichsgerichte in tot casibus dergleichen eigenmächtige, obschon in privilegiis enthaltene Strafen, wenn die Appellation nicht von ihnen selbst für frivol und strafbar erklärt worden, cassirt, und behauptet, daß nur sie darüber Richter seyen, mithin judex a quo mediante supplicatione ad videndum incidisse reum in poenam privilegii bey ihnen anrufen, und den Spruch erwarten müsse, ob die Strafe in solchem Falle statt habe.

§. 34.

Endlich die vom Magistrat angeführten Beyspiele des funfzigjährigen Besitzstandes betreffend, sind solche eines Theils noch

nich

nicht hinlänglich auseinander gesetzt, da einige derselben offenbar post sententias definitivas erfolgt sind; andern Theils aber geben sie keinen Grund wider diejenigen Parteyen, welche sich einem so harten Verfahren nicht freywillig unterwerfen wollen.

Aus allem dem ergibt sich der Schluß von selbst, daß der beklagte Magistrat zum Ersatz der den Klägern abgenommenen Succumbenzgelder nebst Schaden und Kosten per paritoriam plenam zu condemniren sey.

§. 35.

In Ansehung der diesem schon erwähnten Urtheil noch angehängten Strafe von fünf Mark Goldes gegen Beklagten ließe sich anführen, daß solches hart scheine, weil der Magistrat doch talem qualem possessionem für sich angeführt habe, und weil nach der Regel per R. D. von 1600 §. 53 und P. 3. tit. 42. §. 3. C. O. C. in Mandatsfällen auch bey frivolen Exceptionen nicht sogleich ad declarationem in poenam solle geschritten werden, und der im jüngern Vis. Absch. §. 83 wiederholte §. 76 J. R. A. auf die Eventual-Declaration der Strafe, das ist in casum non paritionis, primario antrage, sohin auf die paritoriam primam nicht zu erstrecken sey.

§. 36.

Allein

1) ist die in possessorio vom Magistrat angeführte Gewohnheit sehr fehlerhaft, da ihr der consensus Legislatoris abgeht, da solche mehrmal von den Partenen widersprochen, und von dem höhern Richter mißbilligt worden ist.

2) Hat doch der Magistrat in petitorio das höchste Unrecht.

3) Wenn auch schon Declaratio in poenam Mandato insertam nach den eben angeführten Gesetzen also bald nicht zu erkennen ist, so befiehlt doch §. 85 und 86 R. J. N. ganz allgemein, daß, wofern durch frevelhafte Exceptiones der Beklagte das Recht aufhalte, derselbe alsbald in eine scharfe fiscalische Strafe genommen werden solle.

4) Ist dem beklagten Magistrat schon von dem kais. R. H. R. und auch von dem K. Gte sein Unrecht über die nämliche vorliegende Anmaßung, von letzterm in Sache Wittken und Bremer Glaseramt contra Kohl selbst mit einer schon verhängten Strafe von zwey Mark Goldes, zu erkennen gegeben worden; es liegt also geflissentliche Widersetzlichkeit wider reichsgerichtliche judicata zum Grunde. Und

5)

5) liefert einen nicht geringen Beytrag zum Grunde der Bestrafung der oben §. 26 schon angeführte Umstand der Beschaffenheit der Exceptionsschrift, von welcher man ganz passend sagen kann, daß es eben das gewesen wäre, wenn der beklagte Theil loco exceptionum, die er nur aus dem schon erstatteten Berichte wieder herausschrieb, ein weißes Buch Papier in judicio producirt hätte.

§. 37.

Schließlich ist der Grund der dabey verhängten Excitation des kaiserlichen Fiscals in dem Urtheil selbst angegeben, welches ich in extenso hier einrücke.

Sententia publ. 15. Dec. 1786.

In Sachen Johann Lange und dessen Sohn Johann Henrich Lange zu Bremen, Impetranten eines: wider Burgermeister und Rath daselbst, Impetraten andern Theils, mandati de non extendendo privilegia caesarea, cassandoque decreta desuper nulliter & incompetenter lata, restituendo executive ablata, & retradendo documenta cautionis S., de restituendo omne damnum & expensas vero C. C. Ist die Sache

von Amtswegen für beschlossen angenommen, darauf Doctori v. Zwierlein, unerheblichen Einwendens ungehindert, glaubliche Anzeige thun, daß dem ausgegangen- verkündet- und reproducirten kaiserlichen Mandato alles seines Inhalts gehorsamlich gelebt sey, Zeit 1. Monats pro termino & prorogatione v. A. w. angesetzt, mit dem Anhange, wo er dem also nicht nachkommen wird, daß seine Principalschaft jetzt alsdann und dann als jetzt in die berührtem Mandat einverleibte Poen hiermit fällig erklärt seyn solle, impetratischen Magistrat, die an diesem kais. K. Gte aufgelaufene Kosten den Impetranten nach rechtlicher Ermäßigung zu bezahlen, fällig ertheilend. Dann wird ersagter Magistrat, wegen geflissentlicher Widersetzlichkeit gegen dieses höchsten Reichsgerichts in dieser und andern Sachen ergangene Judicata und Erkenntnisse, und zu deren Vereitlung in Gestalt der exceptionum ohne alle Anlagen und novis in facto blos zur Schmälerung kaiserlicher Jurisdiction auch widerrechtlicher Beschwerung der Parteyen und Fortsetzung des animi non parendi producirten mit dem vorhin erstatte-

stattetten Bericht bereits verworfener Gründe, die Strafe von 5 Mark löth. Golds dem kaiserlichen Fisco in Zeit 2 Monate, sub poena dupli & realis executionis, salvo tamen regressu gegen die eigentlichen auctores dieses Verfahrens, zu erlegen, condemnirt. Auch ist zu Verhütung künftigen Mißbrauchs in willkührlicher Auslegung klarer kaiserlicher Privilegien der kaiserliche Fiscal seines Amts hiermit erinnert.

Dritter Rechtsfall

über die Gerichtbarkeit der unmittelbaren reichsritterschaftlichen Directorien; insbesondere über die Frage: ob von den Bescheiden eines adlichen Beamten an ein Ritterdirectorium, als zweyte Instanz, appellirt werden könne?

Inhalt.

§. 1. Die Ritter-Cantonsdirectorien haben in erster Instanz über die ritterschaftlichen Unterthanen und Beamte keine Gerichtbarkeit.

§. 2. Wenn ein Unmittelbarer von Adel mehrere Beamte und über diese einen Oberbeamten hat, so wird Niemand zweifeln, daß der Unterbeamte bey letzterm belangt werden könne. Hat nun ein anderer Cavalier nur einen Beamten, so kann ihn dies doch nicht deterioris conditionis machen, und die Gerichtbarkeit über diesen Beamten ihm desfalls entzogen seyn

§. 3 und 4. Ueber das forum der Reichsritter, 1) wenn sie von andern Unmittelbaren höhern oder

oder gleichen Standes belangt werden, und 2) wenn sie von von einem Mittelbaren, welcher entweder ihr Unterthan oder ein Extraneus seyn mag, belangt werden. Im 1ten Falle treten nach den Worten der K. G. O. Austräge ein; im 2ten steht es in des mittelbaren Klägers Willkür, ob er den Reichsritter alsbald bey den höchsten Reichsgerichten oder den Cantonsinstanzen belangen will.

§. 5 bis 7. Von den Bescheiden eines adlichen Beamten kann aber an ein Ritterdirectorium, als zweyte Instanz, nicht appellirt werden. Meynungen der Rechtslehrer hierüber, und reichsgerichtliche Praejudicia, wodurch dieser Satz bestättigt wird.

§. 8. Kammergerichtliches Decret in einer Sache von 1789 nach den prämittirten Grundsätzen.

§. 9-11. Erzählung dieser Sache.

§. 12. Fernere Beurtheilung. Wenn die Kläger von der Herrschaft selbst beschwert gewesen wären, und gegen diese unmittelbar ihre Klage gerichtet hätten, so wäre ihnen, solche entweder alsbald bey den höchsten Reichsgerichten, oder bey dem Ritterdirectorium in erster Instanz vorzubringen, freygestanden. Sie haben aber die Theilnahme der Herrschaft an den factis der Beamten nicht bescheinigt.

§. 13. Selbst die Aeußerung der Beamten, daß die Herrschaft das Verfahren genehmige, kann für eine solche hinlängliche Bescheinigung nicht gelten, besonders in vorliegendem Falle nicht, da die Beamten nur der Genehmigung eines Condomini gedenken, die Klage aber gegen mehrere gerichtet ist.

§. 14. Was die befragte Gerichtbarkeit der Cantonsdirectorien, als zweyte Instanz, betrift, so sollte man, da die allgemeine Regel ihnen solche Befugniß abspricht, nicht denken, daß bey dem Canton Oberrhein eine Ausnahme zu machen sey.

§. 15 und 16. Indessen hat doch dieser ein desfallsiges Reichshofraths-Conclusum gegen einzelne Cavaliers (welche gerade in vorliegender Sache die nemlichen Beklagten sind) vor sich, auf welche Litispendenz erwähnter Canton auch in einer 1787 am Kammergerichte entschiedenen Sache sich bezog. Gleichwohl wurde damals das Urtheil so abgefaßt, daß es die Regel, daß den ritterschaftlichen Directorien kein jus recipiendi appellationes zustehe, sicher stellte.

§. 17 und 18. Schluß in der vorliegenden Sache, daß die Kläger annoch mit ihrer Klage gegen die Beamten an die Herrschaft, als einzige erste Instanz, zu verweisen seyen, oder, wenn sie die Sache bey dem K. Gt. ad Mandatum S. C. qualificiren wollen, de ratihabitione der Herrschaft vordersamst dociren müssen.

§. 1.

Die ritterschaftlichen Beamte stehen in erster Instanz nicht unter den Cantons-Directorien, sondern nur unter ihren Herrschaften, welche sich bey Errichtung der Directorien ihrer Gewalt über ihre Unterthanen, worunter auch ihre Beamten zu zählen sind, nicht begeben, und sich jenen nicht als ihren Ober=

Oberherren unterworfen haben. Wenn das Gegentheil statt finden sollte, so würden die Unmittelbaren von Adel übler daran seyn, als die der Landeshoheit Unterworfene, gegen deren Beamte sich gewöhnlich kein ständisches Collegium in erster Instanz eine Gerichtbarkeit anmaßt.

Den ritterschaftlichen Mitgliedern stehet über ihre Unterthanen die richterliche Gewalt ausschließlich zu, und ist, so wie den andern Ritterkreisen, also dem Rheinischen Adel insonderheit durch ein kaiserliches Privilegium von 1665 bestättigt worden (Kerners Staatslandrecht der R. Ritterschaft p. 241). Und wenn diese Gerichtbarkeit nicht einmal, wie weiter unten gezeigt werden wird, der der Ritterdirectorien untergeordnet ist, keine Berufungen in zweyter Instanz an dieselbe statt finden: so können sie noch viel weniger in erster Instanz über Streitigkeiten ritterschaftlicher Unterthanen unter einander erkennen.

§. 2.

Daran, daß diese Unterthanen unter dem von der Herrschaft angeordneten Gerichtsstand stehen, wird auch Niemand zweifeln. Die herrschaftlichen Beamten machen diesen Gerichtstand aus. Dadurch aber daß nun Beschwerden gegen dieselben freylich nicht bey ihnen selbst angebracht werden kön-

können, hören sie doch nicht auf, Untertha= nen ihrer Herren zu seyn, die allein und nicht andere sie bestrafen oder abschaffen kön= nen. Hat nun ein Unmittelbarer von Adel, nach der Größe seiner Besitzungen, mehrere und über diese einen Oberbeamten, so wird Niemand zweifeln, daß die Unterbeamte bey dem Oberbeamten belangt werden können. Daß nun aber ein anderer Cavalier diesen Vorzug nicht, sondern nur einen Beamten hat, kann ihn nicht deterioris conditionis machen, und ihm die Gerichtbarkeit über denselben entziehen.

Der eben allegirte Kerner p. 174 seq. sagt: „Beamte, Geistliche, Verwalter, sind wegen einer auf den Ritter=Territorien insgemein ermangelnder andern höhern Ge= richtsinstanz bey dem Reichsritter selbst zu belangen, der nach Beschaffenheit der Sache solche entweder selbst entscheiden, oder die Acten an auswärtige Rechtsgelehrte zum Spruch Rechtens verschicken kann.

§. 3.

Eine andere Frage ist: ob und wo die Herrschaft, wenn sie als mitinteressirt anzu= sehen, und ihre Genehmigung vorauszusetzen ist, gleich in der Person des Beamten mit belangt werden kann?

Un=

Unmittelbare von Adel haben nach dem Tit. 5. Th. 2 der K. G. O., wenn sie von andern Unmittelbaren höhern oder gleichen Standes belangt werden, Austrägen. Ob dafür die Ortsdirectorien anzusehen, oder besondere Austragsrichter nach Vorschrift jener Verordnung der K. G. O. erwählt werden müssen, oder ob auch in solchen Fällen, wegen dieser vielleicht aus der Uebung gekommenen Austrägen, gleich in erster Instanz Processe gegen sie bey den Reichsgerichten ausgebracht werden können? Darüber ist viel gestritten worden, und besonders eine Abhandlung von Gatzert de judiciorum equestrium habitu erga suprema Imp. Tribunalia merkwürdig. Indessen ist doch in neuern Zeiten an dem kaiserlichen K. Gte verschiedentlich behauptet und durch Praejudicia bestärkt worden, daß die in der K. G. O. verordnete Austrägen allerdings Platz greifen, und die Ortsinstanzen, womit nicht einmal alle Cantons versehen sind, an deren Stelle nicht treten.

§. 4.

Wenn hingegen ein Unmittelbarer von Adel von einen Mittelbaren, er sey nun dessen Unterthan oder ein Extraneus, belangt werden will, so cessiren die verordneten Austrägen, und es tritt die Gerichtbarkeit

keit ein, welcher Unmittelbare in diesem Fall unterworfen sind; das ist aber in der Regel keine andere, als die kaiserliche, das ist die der höchsten Reichsgerichte. So gewiß dieses bey allen den immediatis inferioris ordinis ist, die in der K. G. O. Th. 2. Tit. 5 nebst den nobilibus immediatis genannt werden: so leidet es doch bey den Unmittelbaren von Adel die Ausnahme, daß es in des mittelbaren Klägers Willkür stehet, ob er sie alsbald bey den höchsten Reichsgerichten, oder bey den Cantons-Instanzen belangen will.

Maier im weltl. Staatsrechte Th. 2. §. 257, *Tafinger* in obs. de directoriorum equestrium potestate judiciaria §. 7, in Maders select. equestr. T. 2. p. 206, und Kerner l. c. p. 146, und im R. ritterschaftl. Staatsr. Th. 2. p. 410 führen dieses aus. Der Freyh. v. Cramer bestättigt es, indem er in Observ. T. 1. obs. 212 sagt: „Camerae imperiali in prima statim instantia subjiciuntur Praelati, Comites, & nobiles immediati, si ab inferioribus conveniuntur, non obstante peculiari instantia equestri etsi in arbitrio actoris sit, & ibi eos convenire.“

§. 5.

Von den Bescheiden eines adelichen Be-

Beamten kann aber an das Ritterdirectorium, als secundam instantiam, nicht appellirt werden. Kerner l. c. Th. 2. p. 411 erzählt zwar, daß die ritterschaftlichen Directorien nach dem ihnen verliehenen ersten Instanzrecht versucht hätten, auch eine zweyte Instanz, an welche von den Gerichten der Mitglieder appellirt werden solle, zu begründen, wie er die Beyspiele aus der Schwäbischen Ritterordnung art. 22 u. 23, und den Ritterabschied des Cantons Mittelrhein von 1686 anführt. Es habe aber, sagt er, damit nicht recht fort gewollt, und es habe z. B. der Canton Steigerwaldt die Unbefugniß davon in der 1712 erneuerten Ausschuß-Ordnung selbst anerkannt. Obgleich auch jene Meynung von manchen z. B. von Gailing ab Altheim in tract. jur. publ. de conventibus deputatorum nobilitatis, vulgo Ausschußtagen cap. 6. p. 18, behauptet worden wäre: so sey es doch unrichtig, wie er im 1ten Th. p. 248 ausführt, weil kein kaiserliches Privilegium darüber spreche, und die Ritterschaft ein dergleichen Recht zu Schmälerung der kaiserlichen Gerichtbarkeit sich nicht zueignen könne, die Observanz auch dagegen stehe.

Gleiches äußert Tafinger in der oben allegirten Dissertation §. 8 und 9. Es bestättiget es auch schon *Ludolf* in Obs. T. 4. obs.

obſ. 391 verbis: „poſt decretas literas informatorias & exhibitam informationem contrariam conſtitit, judicia nobilitatis immediatae fundata eſſe quidem in cauſis membrorum nobilitatis inter ſe, vel contra unum alterumve ex iis, ventilandis in prima inſtantia, non vero ad appellationes recipiendas a judicio immediato nobilium ſingulorum, proinde merito appellationem admiſſam non fuiſſe, ſed ad Judicium imperiale, tanquam proxime ſuperius, appellationem debuiſſe deferri.“ Auch Cramer in der voralleg. Obſ. 212 ſagt ſchon überhaupt von dieſen Inſtanzen: „adque adeo aliter quam inſtantiae auſtraegales conſiderari nequeunt.“ In der obſ. 230 ſagt er aber noch deutlicher: „Commembro equeſtri jurisdictio illimitata ſeu omnimoda, ſicque etiam criminalis, in ſubditos terrarum ſuarum immediatarum jure proprio competit, conſequenter appellationes a ſubditis interponendae ſtatim & immediate ad ſuprema imp. Tribunalia pertinent. Corpus ſeu conſiſtorium equeſtre, alias ſic dictum Directorium, jure recipiendi appellationes a ſubditis, aut etiam cognoſcendi ſuper nullitatibus, pollere, neque ex ordinationibus equeſtribus, neque ex jure

publico

publico, neque historia imperii probari potest."

§. 6.

In Gemäßheit dieser Grundsätze wurde dann am 9. Jun. 1753 in Sachen von Schmidtberg wider Niederrheinische Ritterschaft am Reichskammergerichte erkannt, daß appellatischer Reichsritterschaft nicht gebührt habe, die von dem Schmidtbergischen Gericht an sie ergriffene Appellation anzunehmen, mithin sothane Appellation und darauf ergangene Verfügungen zu cassiren seyen. Ex iisdem principiis (setzt Cramer all. l. hinzu) wurde vom K. Gte ein Mandatum in Sachen verwittibter von Burtscheid zu Burgbrone wider die Niederrheinische Reichsritterschaft de restituendo spoliative ablata S. C. erkannt. So ist auch erst im Jahre 1788 in einer am Kammergerichte anhängig gemachten ähnlichen Sache dem Ortenauischen Bezirk des Cantons am Neckar die Anmaßung einer Appellationsinstanz verwiesen worden.

§. 7.

Der kaiserliche R. H. R. hegt gleiche Gesinnungen. Bey Cramer in der angeführten obs. 230 ist desfalls ein am 21ten Jenner 1757 in Sachen der Reichsritterschaft

schaft am Niederrhein wider v. Dürkheim zu Sondern an erstere erlassenes R. H. R. Rescript des Inhalts zu finden: „Nachdem kaiserliche Majestät ex his actis unter andern wahrnehmen müssen, wie die Ritterschaft im J. 1686 mittelst errichteten Ritterabschieds auch eine secundam instantiam festzustellen sich angemaßt: als wollten kaiserliche Majestät, daß die Ritterschaft, wie sie hieran gekommen, und was es damit für eine Beschaffenheit habe, annoch in separato berichte.

Selbst der beym Buchischen Quartier des Cantons Röhnwerra als Consulent angestellte Schäfer gibt in dem in Maders reichsritterschaftlichen Magazin B. 1. num. 4. p. 110 eingerückten Sendschreiben an die Juristenfacultät zu Marburg zu, daß der Satz: es vermöge keine ritterschaftliche Kanzley einige Appellationen von den adlichen Gerichten anzunehmen, seine gute Richtigkeit habe, indem die Mitglieder der Kanzley des Corporis oder dem Directorio nicht subject seyen, wie ein landsäßiger Adlicher dem Landsherrn, sondern unmittelbar unter kaiserlicher Jurisdiction stünden, und nur per conventionem, mit kaiserlicher Verwilligung, dem Directorio vermög des ihnen in den Reichsgesetzen zugestandenen beneficii austraegarum in ihren eigenen

nen Streitigkeiten die Cognition überlassen hätten.

§. 8.

Dieser bisher prämittirten Ausführung gemäß wurde am kais. K. Gte, in Sachen der Gebrüder Philipp und Niclas Bening armer Partey wider den H. Grafen Wilhelm und Freyh. Casimir von Sickingen, deren gemeinschaftlichen Beamten zu Köngernheim und die Oberrheinische Reichsritterschaft, ad supplicam pro Mandato de non via facti, sed juris procedendo, restituendo jura communitatis per expulsionem violentam ablata, ut & bona ratenta cum omni causato damno & expensis, in eventum pro appellationis processibus, den 21ten März 1789 decretirt:

> Noch zur Zeit abgeschlagen, sondern werden Kläger, wenn sie damit auszulangen glauben, mit ihren Beschwerden gegen die beklagte Beamten an deren Herrschaft, als einzige Obrigkeit — oder aber, wenn sie die Sache ad Mandatum S. C. zu qualificiren vermeynen, vordersamst de ratihabitione gedachter Herrschaft zu dociren, angewiesen.

§. 9.

Die Sache war kürzlich diese: Die Kläger beschwerten sich über das Gräflich-Sickingische Amt, daß solches ihnen Verbrechen, welche sie nicht begangen, aufgebürdet, sie unschuldiger Weise von Haus und Hof gejagt, und überall widerrechtlich behandelt habe. Desfalls klagten sie am 10ten Febr. 1787 bey der Kanzley des Cantons Oberrhein zu Mainz in einer allein gegen die Gräflich-Sickingischen Beamten gestellten Supplik. Sie wiederholten ihr Gesuch am 9ten May und 30ten Aug. ejusd. anni. Unterm letzt erwähnten dato erließ die Kanzley folgendes Decret: Communicetur dem v. Sickingischen Amte zu Köngernheim, und hätte dasselbe pendente lite und bis zu gänzlich ausgemachter Sache mit allem Verfahren einzuhalten, in dessen Entstehung aber, mit dem ohnehinnigen Schadenersatz, eine unaufhaltliche Strafe von 50 Rthlr. zu gewärtigen."

Das Amt berichtete nun zwar ausführlich, versicherte auch, daß alles mit Genehmigung des Grafen Wilhelm von Sickingen als damaligen Administrators der Ebernburgischen Fideicommißerbschaft geschehen sey, äußerte jedoch, daß den Klägern, wenn sie sich von ihrem Unrecht noch nicht überzeugt fühlen sollten, der Weg offen stehe, das

Amt

Amt bey seinen zwey Herrschaften selbsten, dem gedachten H. Grafen sowohl als dem Freyh. Casimir von Sickingen und dem Vormunde des Freyh. Ferdinand von Sickingen selbst im ordentlichen Wege Rechtens zu belangen, und nicht das Ritterdirectorium mit dieser an dasselbe noch nicht geeigneten Klage zu behelligen; oder sie könnten auch alsdann die Herrschaft, welche das Amt in den genehmigten Handlungen jeder Zeit zu vertreten habe, an ihrer gehörigen Gerichtsstelle belangen. Dies habe auch das Amt blos unter der Reservation einberichten wollen, daß dieser Bericht nicht als eine förmliche, noch zur Zeit nicht geeignete, Einlassung angesehen, sondern vielmehr die Querulanten ab- und zur Einbringung ihrer Klage gegen das Amt bey der Herrschaft, oder etwa gegen die Herrschaft selbst an die gehörige Gerichtsstelle verwiesen werden mögten.

§. 10.

Gegen diesen Bericht übergaben Kläger eine Berichtswiderlegung und Rechtfertigung der Klage. Hierin wurde auf die angeführte Aeußerung des Berichts in specie versetzt: Beklagter Theil habe den Bericht lange verzögert, da er aber endlich doch nicht habe ausweichen können, so wolle er nun

noch die Sache der Cognition der Kanzley und somit aller richterlichen Erkenntniß entziehen, indem er sich beygehen lasse, diese Gerichtstelle für incompetent anzugeben, und Kläger allenfalls an jenseitige Herrschaft selbst anzuweisen. Die Kläger hätten sich nicht darauf eingelassen, ob und welchen Antheil die Herrschaft selbst an der Sache habe? Da man aber jenseits diese Herrschaft als gänzlichen Theilhaber dergestalt angebe, daß alles mit deren Genehmigung geschehen, und dieselbe das Amt in den genehmigten Handlungen jeder Zeit zu vertreten habe, so sey nichts lächerlicher, als die Anweisung an eben diese Herrschaft. Hiernach erstattete das Amt einen weitern Bericht, worauf den 6ten Sept. d. a. der Bescheid bey der Kanzley erging:

„Es wird nunmehr auf eingekommenen Bericht und Gegenbericht der Supplicanten Gesuch lediglich abgeschlagen, und denenselben des weitern anheute eingekommenen Bericht Inspectio verstattet.“

§. 11.

Gegen diesen Bescheid übergab der klägerische Anwalt am ej. m. schedulam appellationis, welche am 13. ej. ad acta registrirt, und der gebetene Extractus protocolli

tocolli verwilligt wurde. Nun kamen Kläger am 28. Sept. 1787 mit einer von ihnen selbst unterschriebenen Supplik pro constitutione Advocati & Procuratoris ex officio bey dem kais. K. Gte ein, worauf sie dann eod. das Decret erhielten, ihre Armuth gehörig zu bescheinigen. Zu dem Ende übergaben sie am 9. Oct. ein Attestat des Pfarrers ihres dermaligen Aufenthalts, und wiederholten ihr Gesuch, worauf ihnen per Decretum de eod. der an der Ordnung stehende Advocat und Procurator angewiesen, ersterem auch seinen Bericht innerhalb 14 Tagen zu erstatten aufgegeben wurde.

Der ex officio angewiesene Advocat berichtete am 17. Oct. d. a., daß die Leute keine Acten bey sich hätten, er ihnen also darum zu schreiben angerathen habe, weiter aber könne er bis jetzt von der Sache nichts sagen. Am 16. Nov. bat hierauf ihr Procurator pro compulsorialibus ad edendum acta, admissione ad jura & juramentum pauperum, & prorogatione fatalium a dato decreti ad 3 menses, worin er vorstellte, daß die Leute einige Papiere erhalten hätten, die er auch beylegte, daß diese aber zur Aufstellung einer ordentlichen Klage nicht hinreichten, die ritterschaftliche Kanzley jedoch ohne Weisung von

dem kais. K. Gte nichts weiter herausgeben wolle. Wesfalls er auch den 11. Dec. d. a. eine Verordnung erhielt. Hierauf übergab er am 27. Febr. 1788 eine Supplik mit dem oben schon (§. 8) erwähnten Gesuch. In dieser Supplik ist zuerst das Rubrum zugleich mit gegen den Grafen Wilhelm und Freyherrn Casimir von Sickingen, nebst deren Beamte und das Oberrheinische Ritterdirectorium zu Mainz gerichtet, da die drey erstern Suppliken gegen die Beamten allein, die zwey vorhergehenden aber gegen diese und das Ritterdirectorium allein gerichtet waren. So wenig jedoch in der eben erwähnten Hauptsupplik, als in dem Libell, wird etwas von Fundirung der kammergerichtlichen Gerichtbarkeit in specie gesagt, noch die Ratihabition der in rubro mit benannten Herrschaft bescheinigt.

§. 12.

Nach der oben §. 1 bis 7 prämittirten Ausführung erhellet nun, daß der Recurs der Kläger in gegenwärtiger Sache an die Kanzley des Cantons unstatthaft ist, man mag ihn betrachten als eine daselbst in erster Instanz gegen die von Sickingischen Beamten angebrachte Beschwerde, oder als eine Berufung von den Bescheiden derselben an den Canton als zweyte Instanz. Wenn hin-

hingegen die Kläger von der Herrschaft selbst beschwert gewesen wären, und gegen diese unmittelbar ihre Klage gerichtet hätten, so ist es nicht zu mißkennen, daß ihnen solche entweder bey den höchsten Reichsgerichten unmittelbar, oder bey dem Ritterdirectorium anzubringen frey gestanden wäre.

Wie nun aber factum illicitum Officialis die Herrschaft (nach Kreitmayer P. 5. c. 24. §. 14) regulariter nicht verbindet, sie sey dann selbst mit in culpa gewesen: so hätten Kläger 1) ausdrücklich ihre Klage gegen die von Sickingen richten, und 2) deren Theilname an den factis der Beamten durch Producirung erlassener Befehle oder Erklärungen, oder daß sie mit ihren Beschwerden von der Herrschaft simpliciter abgewiesen worden wären, bescheinigen müssen.

§. 13.

Keines von beyden haben sie gethan. Sie erwähnen der Herrschaft weder in rubro, noch nigro ihrer bey dem Canton übergebenen Beschwerden, sondern diese sind blos gegen die Beamten gerichtet. Daß die Beamten in ihrem Bericht sich auf die Genehmigung der Herrschaft beziehen, kann dieser um so weniger präjudiciren, als diese Genehmigung nicht bescheinigt ist, vielmehr den Klägern obgelegen hätte, entweder auf

die Bescheinigung der Genehmigung zu dringen, oder sich, indem sie sich an die Herrschaft selbst gewendet, davon zu vergewissern; um so mehr, als die Beamten in ihrem Berichte nur der Genehmigung eines Condomini gedenken, die Klage aber nun gegen mehrere gerichtet ist.

Die Einführung der vorliegenden Sache bey dem Ritterdirectorium in erster Instanz ist also für durchaus unstatthaft zu halten; und es bleibt sicher, daß die Kläger die Herrschaft nicht haben übergehen können. Somit ist aber auch die Appellation von gedachtem Directorium an das K. G. unstatthaft, und die Kläger müssen noch jetzt an ihre Herrschaft gewiesen werden, gegen die an einem höchsten Reichsgerichte kein Mandat erkannt werden kann, bis von ihrer Ratihabition constirt, wobey es mit dem bloßen Anrufen gegen sie, wie in der neuesten Supplik geschehen ist, nicht genug ist.

§. 14.

Daß ferner die Cantonsdirectorien nicht für eine zweyte zur Annehmung der Appellation von adlichen Gerichten geeignete Instanz angesehen werden können, ist oben §. 5 bis 7 schon umständlich dargethan worden. An sich ist nun kein Grund vorhanden, warum die allgemeine Regel nicht auch bey dem

Can-

Canton Oberrhein ihre Anwendung finden sollte. Vielmehr müßte man denken, daß nach den oben angeführtermaßen vom kais. R. H. R. geäußerten Grundsätzen kein Verein oder Uebertrag von Seiten der Mitglieder dagegen schützen könne, eine Observanz aber zum Präjudiz kaiserlicher Gerichtbarkeit nicht gültig seyn könne. Um so mehr aber müßte dies alles auch in Ansehung des Cantons Oberrhein gelten, als nach Kerners Staatsrecht Th. 2. p. 419 in dem Rheinischen Ritterkreis die Instanz-Ausübung durch die 1652 errichtete Rheinische Ritter-Ordnung begründet ist, und daher die Instanz von allen drey Rheinischen Cantonen ausgeübt wird, ohne daß deshalb von ihnen besondere Ordnungen verfaßt worden wären. Woraus dann allerdings zu folgen scheinet, daß der Canton Oberrhein nicht mehr Recht haben könnte, als z. B. der vom Niederrhein, dem die Anmaßung der Appellationsinstanz (vid. oben §. 6 und 7) von beyden höchsten Reichsgerichten verwiesen worden ist.

§. 15.

Indessen aber sucht sich doch dieser Canton Oberrhein in seiner Anmaßung zu behaupten, und hat wirklich, nach Maders Sammlung reichsgerichtlicher Erkenntnisse in

in ritterschaftlichen Sachen Th. 7. p. 422, in specie gegen die HH. v. Sickingen am 8. Oct. 1760 am R. H. R. ein Mandatum S. C. unter andern dahin erhalten: daß erwähnte Impetranten den in der Herrschaft Landstuhl von den Urtheilen ihrer Beamten an die impetratische Reichsritterschaft devolvirten Appellationen den freyen Lauf lassen, und den von der Ritterschaft erlassenen Inhibitorien und Conpulsorialien Folge leisten sollen. Man sieht auch aus dem bey gedachtem Mader Th. 9. p. 291 befindlichen Rubro: Reichsritterschaft am Oberrheinstrohm wider die ganerbschaftliche Orte, das jus appellandi aus solchen an das Directorium betreffend, das diese Frage bey dem kaiserlichen Reichshofrathe in lite befangen ist.

§. 16.

Auf diese Litispendenz berief sich auch der Canton in der am 13. Jun. 1787 am K. Gte entschiedenen Sache Fischerischer Eheleute wider die Reichsritterschaft am Oberrheinstrohm, als ihm das jus recipiendi appellationes widersprochen worden war. Dies war der Grund, warum man nicht blos schon ob incompetentiam allein das Verfahren des Cantons damal cassirte. Wie man aber doch die Regel, daß den rit-

terschaftlichen Directoriis kein jus recipiendi appellationes zustehe, anerkannte: so kam doch wenigstens ein Ausdruck in das Urtheil, welcher diese Regel sicher stellte. Vermuthlich hat der Canton in specie gegen die von Sickingen actus possessorios vor sich, worauf sich das vom R. H. R. erkannte Mandat gründet.

§. 17.

Wenn daher die jetzigen Kläger vorhin an das Ritterdirectorium förmlich appellirt hätten: so würde es sehr bedenklich gewesen seyn, die nachher an das Kammergericht eingelegte Appellation ex capite incompetentiae judicis a quo abzuschlagen, sohin dem vom kais. R. H. R. für erwähnte Ritterschaft anerkannten Besitzstand entgegen zu handeln. Eben so hart würde es aber auch seyn, durch unbedingte Erkennung der Processe ein Recht unumwunden anzuerkennen, welches von den Mitgliedern der Ritterschaft, wie obige Praejudicia ausweisen, widersprochen wird, welches auch das Cantonsdirectorium, in petitorio wenigstens, zu behaupten gewiß nicht im Stand seyn wird.

§. 18.

Zu Vermeidung eben erwähnter Collision ist es also sehr gut, daß der Recurs der

jetzigen Kläger an das Ritterdirectorium für keine Appellation angesehen werden kann. Ihre Klage war nicht so rubricirt, das Petitum nicht darauf gerichtet, und es sind keine Fatalia von ihnen gewahrt, keine Formalien beobachtet worden. Erst nachdem die jetzt im Pfälzischen wohnenden Kläger sich ans Oberamt Oppenheim gewandt hatten, wurden sie auf die Anfrage des Oberamts von der Regierung zu Mannheim an das Ritterdirectorium verwiesen, an das sie sich auch wandten.

Die oben geäußerten Grundsätze treten also unbedenklich ein; daß sich nemlich die Kläger annoch mit ihrer Klage gegen die Beamten an die Herrschaft, als einzige erste Instanz, wenden — oder, wenn sie die Sache bey dem kaiserlichen Kammergerichte ad Mandatum S. C. qualificiren wollen, de ratihabitione der Herrschaft forderſamst dociren müssen.

Verzeichniß

der in dem sechsten Theile enthaltenen Rechtsfälle und Ausführungen.

Erster Rechtsfall über folgende Materien:

1) Ueber die Vermuthung für die Lehnbarkeit oder für das Eigenthum.

2) Ueber die Vermuthung, daß ein Lehn ehender Mannlehn als Weiberlehn sey.

3) Ob bey Lehen, welche von einem geistlichen Lehnhof herrühren, die Vermuthung auf Weiberlehn eintrete?

4) Ueber die Gerichtbarkeit in Ansehung der Lehen extra curtem.

5) Ob das possessorium in caussis feudalibus an den Lehns- oder ordentlichen Richter gehöre?

6) Ueber die neuen Gebäude auf einem lehnbaren fundo.

7) Von der simultanea investitura.

8) Ueber die Mannlehneigenschaft der Paderbornischen und Lippischen Lehen.

9) In wie fern das eigene Bekenntniß der Vorfahrer oder des letzten Besitzers eines Guts die Lehnbarkeit beweise oder nicht?

10) In wie fern illata der Frau des letzten Vasallen, oder die Forderung eines vidualitii, oder die Aussteuer der Tochter des letzten Vasallen, oder der Ersatz der Meliorationen, ein jus

Bayerische Staatsbibliothek München

jus retentionis auf das Lehngut begründen?

11) Ob derjenige, der in possessorio obgesiegt hat, nachher in petitorio unterliegt, zur Restitution der genossenen Früchte angehalten werden könne? S. 31

Zweyter Rechtsfall:

Ueber ein der Reichsstadt Bremen zustehendes kaiserliches Privilegium, von jedem, der wider ein am dortigen Magistrate ergangenes Urtheil an eines der höchsten Reichsgerichte appelliren will, funfzig Goldgulden Succumbenzgelder zu fordern; insbesondere ob diese verfallen seyen, wenn die Processe simpliciter abgeschlagen werden? S. 203.

Dritter Rechtsfall:

Ueber die Gerichtbarkeit der unmittelbaren reichsritterschaftlichen Directorien; insbesondere über die Frage: ob von den Bescheiden eines adlichen Beamten an ein Ritterdirectorium, als zweyte Instanz, appellirt werden könne? S. 248.

Bayerische Staatsbibliothek München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hoscher, Johann Melchior, 1764-1809

Sammlung merkwürdiger, am kaiserlichen Reichskammergerichte entschiedener Rechtsfälle mit ausführlicher Erörterung wichtiger Rechtsfragen

Bd.: 6

Lemgo (1794)

Bibl.Mont. 5060-6
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10726406-5
VD18 80264514-001